

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO

LA REALIDAD E IDENTIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO
EN COSTA RICA. UN REPLANTEAMIENTO NECESARIO

Trabajo final de investigación aplicada sometida a la consideración de la
Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho para optar
al grado y título de Maestría Profesional en
Derecho Público

DANIEL CASTRO ACUÑA
ILEANA RAMÍREZ LORÍA

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica

2020

Dedicatoria

Para Andrés.

Este trabajo final de investigación aplicada fue aceptado por la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, como requisito parcial para optar al grado y título de Maestría Profesional en Derecho Público.

M.Sc. Roberto Garita Navarro
**Representante del Decano
Sistema de Estudios de Posgrado**

Dr. Óscar González Camacho
Profesor Guía

Dr. Luis Diego Brenes
Lector

Dr. Marvin Carvajal Pérez
Lector

Dr. Rafael González Ballar
**Director del
Programa de Posgrado en Derecho**

Ileana Ramírez Loría
Sustentante

Daniel Castro Acuña
Sustentante

Tabla de Contenidos

Dedicatoria.....	ii
Hoja de Aprobación.....	iii
Tabla de Contenidos	iv
Resúmen.....	viii
Presentación.....	1
Estado de la Cuestión	2
Introducción	11
Capítulo Primero: Un acercamiento al concepto de Servicio Público	15
Sección I.- La génesis de los Servicios Públicos durante la Edad Media	16
Sección II.- El Service Publique a la Française.....	22
A) El concepto del Puissance Publique: punto de partida del desarrollo de los servicios públicos	23
B) La influencia de la decisiones judiciales en la conformación del concepto de servicio público.....	28
a. El Arrêt Blanco, un primer acercamiento.....	28
b. La concepción del servicio público como definitorio de la actividad administrativa, a través del El Arrêt Terrier.....	31
C) La Escuela de Burdeos y su aporte al componente social del concepto de servicio público	32
a. La figura de León Duguit y su liderazgo en la Escuela de Burdeos.....	33
b. El refrescamiento conceptual dado por Gastón Jèze	38
c. Maurice Hauriou y la crítica a la Escuela de Servicio Público	43
D) Conformación y Crisis del Concepto del Service Public	49

a. Crisis de la noción del servicio público a la francesa.....	51
b. Los Servicios Industriales y Comerciales. Intervención administrativa bajo un régimen de derecho privado.....	52
c. Servicios públicos gestionados por personas privadas	55
d. La figura del servicio virtual	56
e. Surgimiento de la empresa pública.	59
E) Reelaboración del Concepto de Servicio Público luego de la crisis.....	62
Sección III.- La conformación del Servicio Público en España.....	65
A) El desarrollo de los servicio de beneficencia	65
B) Desarrollo doctrinario de la noción de servicio público.....	67
a. Paridad entre la noción de servicio público francés y español.	71
b. La concepción restringida de servicio público.	72
c. La clasificación tripartita de la actividad administrativa.....	74
d. La discusión de los años cincuenta. Villar Palasí y Garrido Falla.....	77
C) La Titularidad Estatal como fenómeno que identifica al Servicio Público en España	82
D) Formas de Gestión del Servicio Público	87
E) Servicio Público Impropio: flexibilización del concepto tradicional de servicio público.....	93
Sección IV.- La conformación del Servicio Público en Alemania.	99
Sección V.- Vertiente de influencia anglosajona (common law).....	107
Sección VI.- Recapitulación.	112
Sección VII. Confluencia de tradiciones en el marco de la Unión Europea	116
A) <i>Imposición de obligaciones de servicio público</i>	124
Capítulo Segundo: Aproximación fenomenológica al servicio público en Costa Rica.	129
Sección I.- Análisis del contenido de la generación de leyes nacionales	131

A) Servicios asistenciales o sociales.....	131
a. Descripción del tratamiento	131
b. Análisis Crítico	136
B) La Educación primaria y secundaria.....	137
a. Descripción del tratamiento	137
b. Análisis crítico.....	142
C) Transporte Público de Personas	149
a. Descripción del tratamiento	149
b. Análisis crítico.....	154
D) Telecomunicaciones.....	157
a. Descripción del tratamiento	157
b. Análisis crítico.....	161
Sección II.- Valoración jurisprudencial.....	163
a) Titularidad Estatal	164
b) Servicio público como actuar administrativo.....	168
c) Criterio voluntarista.....	176
d) Servicio público como derecho fundamental	178
Sección III.- Conclusiones preliminares del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la noción de servicio público	179
Capítulo Tercero: Acercamiento a una elaboración del concepto de servicio público en Costa Rica.	185
Sección I: Elementos definitorios	192
A) Esencialidad de la actividad	192
B) Carácter prestacional.....	195
C) Posición de garante por parte del Estado.....	195
Conclusiones	202

Bibliografía.....	213
-------------------	-----

Resumen

El Servicio Público, como instituto del Derecho Administrativo, se encuentra íntimamente vinculado con el Poder Público, y la forma mediante la cual este opta, en diversos momentos históricos, por solucionar las necesidades esenciales de las personas. Partiendo del análisis del tratamiento que se hace de la figura en otros ordenamientos, en particular, el francés, el español, el inglés y el estadounidense, se constata que el Servicio Público puede adoptar distintas técnicas, las cuales pueden converger en un mismo ordenamiento, dependiendo de la regulación jurídica de determinadas actividades.

Esto hace que el concepto del Servicio Público debe cobijar todas estas técnicas, y por lo tanto, no debe confundirse las características de una determinada técnica de servicio público con un elemento constitutivo de la noción, la cual se debe construir a partir de las características que, en común, presentan las distintas manifestaciones que se encuentran en un ordenamiento jurídico, las cuales son: esencialidad de la actividad, carácter prestacional y la asunción por parte del Estado de una posición de garante.

La revisión de la jurisprudencia costarricense permite confirmar la existencia de estos caracteres, y además, hace que sea necesario formular un concepto legal englobante que evite las eventuales contradicciones derivadas de las definiciones estructuradas considerando únicamente las particularidades de una técnica en específico. Por ello, se propone la reforma del artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública.



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

SEP Sistema de
Estudios de Posgrado

Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.

Yo, Daniel Castro Acuña, con cédula de identidad 1-1050-934, en mi condición de autor del TFG titulado "LA REALIDAD E IDENTIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA. Un replanteamiento necesario."

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI ☒ NO ☐

*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: _____ año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

INFORMACIÓN DEL ESTUDIANTE:

Nombre Completo: Daniel Castro Acuña

Número de Carné: 970815 Número de cédula: 1-1050-934

Correo Electrónico: dancastroa@gmail.com

Fecha: 19 de abril 2021 Número de teléfono: 8819-5873

Nombre del Director (a) de Tesis o Tutor (a): Dr. Óscar González Camacho

FIRMA ESTUDIANTE

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

SEP Sistema de
Estudios de Posgrado

Autorización para digitalización y comunicación pública de Trabajos Finales de Graduación del Sistema de Estudios de Posgrado en el Repositorio Institucional de la Universidad de Costa Rica.

Yo, Ileana Ramírez Loría, con cédula de identidad 7-126-719, en mi condición de autor del TFG titulado "LA REALIDAD E IDENTIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO EN COSTA RICA. Un replanteamiento necesario."

Autorizo a la Universidad de Costa Rica para digitalizar y hacer divulgación pública de forma gratuita de dicho TFG a través del Repositorio Institucional u otro medio electrónico, para ser puesto a disposición del público según lo que establezca el Sistema de Estudios de Posgrado. SI ☒ NO ☐

*En caso de la negativa favor indicar el tiempo de restricción: _____ año (s).

Este Trabajo Final de Graduación será publicado en formato PDF, o en el formato que en el momento se establezca, de tal forma que el acceso al mismo sea libre, con el fin de permitir la consulta e impresión, pero no su modificación.

Manifiesto que mi Trabajo Final de Graduación fue debidamente subido al sistema digital Kerwá y su contenido corresponde al documento original que sirvió para la obtención de mi título, y que su información no infringe ni violenta ningún derecho a terceros. El TFG además cuenta con el visto bueno de mi Director (a) de Tesis o Tutor (a) y cumplió con lo establecido en la revisión del Formato por parte del Sistema de Estudios de Posgrado.

INFORMACIÓN DEL ESTUDIANTE:

Nombre Completo: Ileana Ramírez Loría

Número de Carné: 962482 Número de cédula: 7-126-719

Correo Electrónico: ileramirez@gmail.com

Fecha: 19 de abril 2021 Número de teléfono: 8827-0240

Nombre del Director (a) de Tesis o Tutor (a): Dr. Óscar González Camacho

FIRMA ESTUDIANTE

Nota: El presente documento constituye una declaración jurada, cuyos alcances aseguran a la Universidad, que su contenido sea tomado como cierto. Su importancia radica en que permite abreviar procedimientos administrativos, y al mismo tiempo genera una responsabilidad legal para que quien declare contrario a la verdad de lo que manifiesta, puede como consecuencia, enfrentar un proceso penal por delito de perjurio tipificado en el artículo 318 de nuestro Código Penal. Lo anterior implica que el estudiante se vea forzado a realizar su mayor esfuerzo para que no sólo incluya información veraz en la Licencia de Publicación, sino que también realice diligentemente la gestión de subir el documento correcto en la plataforma digital Kerwá.

Presentación

A continuación se desarrolla el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Master en Derecho Público denominado *La realidad e identidad del servicio público en Costa Rica. Un replanteamiento necesario*.

Este documento se encuentra organizado en tres capítulos:

- El primer capítulo, refiere a un análisis histórico en el cual se visualiza el proceso de formación del concepto de servicio público y las distintas corrientes doctrinarias que se desarrollaron a su alrededor.
- En el segundo capítulo, se da un análisis fenomenológico, en el cual se describen las diferentes formas en las que el concepto de servicio público ha sido abordado, tanto en la legislación nacional como en su desarrollo jurisprudencial.
- Por último, en el tercer capítulo se pretende realizar un análisis de las corrientes de pensamiento que han generado lo que hoy en Costa Rica se conoce como servicio público; asimismo, se plantea una propuesta de reforma legal, mediante la cual, a través de criterios orientadores, el usuario jurídico tenga la posibilidad de determinar los elementos esenciales de dicho concepto, al tiempo de evitar tratamientos diferenciados entre actividades idénticas en función del prestatario.

Estado de la Cuestión

A) Presentación de los antecedentes y de la problemática en la investigación

Un concepto clave dentro del Derecho Administrativo es el de servicio público, sin embargo, dista mucho de gozar de intersubjetividad. Esto se debe, en parte, a que la definición de la figura depende de factores históricos, políticos y culturales. Esto ha generado multiplicidad de definiciones que ofrecen una visión fragmentaria del fenómeno.

En el análisis histórico-político se pueden encontrar fascinantes detalles que, al día de hoy se mantienen alrededor de dicho concepto; desde Francia a España, pasando por Alemania y los países Anglosajones se puede comprobar cómo el concepto de servicio público se ha visto envuelto de ideales, deseos y decisiones político sociales y que, sin lugar a dudas se ha tornado en un elemento esencial en su desarrollo.

En el caso de Costa Rica, país de tradición germano-románica, no ha sido ajena a esa realidad histórica; el antecedente más cercano al concepto de servicio público se encuentre en el numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública, que establece que *“la actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”*

En este punto, debemos tener presente que la Ley General de la Administración Pública, N°6227 se encuentra vigente desde el 2 de mayo de 1978, tomando como referente la influencia de España, lo cual, tal como se verá a lo largo de esta

investigación, trae en sí el gran peso de los pensadores franceses y españoles de la época.

Ahora bien, la referencia al concepto de servicio público, en forma general, también se encuentra en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (N° 7593 del 09/08/1996), la cual, en su artículo 3 de definiciones señala: *“a) Servicio Público. El que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.”*

Posteriormente, en el artículo 5 de la Ley en referencia se dispone un listado de actividades en la cual, sin más referencia que la definición del artículo 3, establece la competencia de la Autoridad Reguladora para la fijación de sus precios y tarifas¹

¹ Artículo 5.- Funciones

En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas; además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

- a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización. (Así derogado este inciso por el artículo 42 de la Ley N° 8660 del 8 de agosto de 2008)
 - b) Suministro del servicio de acueducto y alcantarillado, incluso el agua potable, la recolección, el tratamiento y la evacuación de las aguas negras, las aguas residuales y pluviales, así como la instalación, la operación y el mantenimiento del servicio de hidrantes. (Así reformado el inciso anterior por el artículo 5° de la Ley N° 8641 del 11 de junio del 2008)
 - c) Suministro de combustibles derivados de hidrocarburos, dentro de los que se incluyen: 1) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados a abastecer la demanda nacional en planteles de distribución y 2) los derivados del petróleo, asfaltos, gas y naftas destinados al consumidor final. La Autoridad Reguladora deberá fijar las tarifas del transporte que se emplea para el abastecimiento nacional.
 - d) Riego y avenamiento, cuando el servicio se presta por medio de una empresa pública o por concesión o permiso.
 - e) Cualquier medio de transporte público remunerado de personas, salvo el aéreo.
 - f) Los servicios marítimos y aéreos en los puertos nacionales.
 - g) Transporte de carga por ferrocarril.
 - h) Recolección y tratamiento de desechos sólidos e industriales.
 - i) La autorización para prestar el servicio público será otorgada por los entes citados a continuación:
- Inciso a): Ministerio del Ambiente y Energía.
 Inciso c): Ministerio del Ambiente y Energía.
 Inciso d.2): Ministerio del Ambiente y Energía.
 Inciso e): Ministerio del Ambiente y Energía.
 Inciso f): Ministerio de Obras Públicas y Transportes
 Inciso g): Ministerio de Obras Públicas y Transportes; Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica e Instituto Costarricense de Puertos del Pacífico, respectivamente.
 Inciso h): Ministerio de Obras Públicas y Transportes.
 Inciso i): Las municipalidades.

En el otorgamiento de la concesión para el aprovechamiento de aguas para riego deberá incluirse la obligación del usuario de aplicar las técnicas adecuadas de manejo de agua, a fin de evitar la degradación del recurso suelo, ya sea por erosión, revenimiento, salinización, hidromorfismo y otros efectos perjudiciales.

Como se observa de las normas reseñadas, más allá de un concepto definitorio, el señalamiento de los servicios públicos ha sido una creación que proviene desde la formación de las leyes especiales que reconocen el carácter de servicio público de una actividad, ante esto podemos tomar como ejemplos la Ley General de Salud (N°5395) en su artículo 324, la Ley Reguladora Transporte Remunerado Personas Vehículos Automotores (N°3503) en su artículo 1 y, de reciente promulgación la Ley General de Telecomunicaciones (N°8642) en su artículo 49 con el concepto de servicio universal.

De esta forma, el concepto de servicio público si bien ha tenido un largo desarrollo doctrinario y que será abordado en la primera parte de este trabajo, lo cierto es que el acercamiento del estado de la cuestión a nivel jurídico no ha tenido una línea de creación clara sino que, tal como se describe en el artículo 3 de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), es un aspecto que responde a la génesis de la regulación de una determinada actividad, es decir, que desde la concepción de una norma que establezca, crea o regule una actividad le da la condición de servicio público.

Como se observa con este primer acercamiento, podemos señalar que nos encontramos ante un concepto que responde a los intereses y conocimientos de la época y circunstancias socio-políticas, teniendo con ello un gran margen de complejidad para la investigación propuesta y es, determinar el alcance, en ello queremos señalar que si bien el abordaje de la investigación parte de un concepto jurídico como es el “servicio público” su desarrollo si bien debe partir de su análisis doctrinal, no puede únicamente quedarse en ello, sino que, por la particularidad de la

(Así adicionado este párrafo final por el artículo 63 de la Ley de Uso y Conservación de Suelos No.7779 de 30 de abril de 1998)”

creación normativa en Costa Rica y que no se parte de un concepto único y unificador de dicho concepto, se debe complementar con una revisión de las normas e incluso de la jurisprudencia que permita dar un acercamiento fenomenológico de dicho concepto y su implementación en la doctrina costarricense.

B) Principales aportes realizados hasta el momento

El desarrollo del concepto de servicio público no ha sido exento de la discusión y modificación. Originalmente dicho concepto nació para dar una denominación a las actividades estatales que tenían como finalidad la atención de las necesidades sociales, de allí que en sus inicios correspondía a los servicios de asistencia y beneficencia.

En este sentido, la actividad estatal se definía en función de los servicios asistenciales que brindara, lo cual tuvo repercusiones en el tamaño estatal y su sostenimiento, con la avenencia de los conceptos de mercado y competencia, ello generó que el aparato estatal fuera el generador de un sinnúmero de actividades productivas, las cuales, dentro de ese nuevo esquema de competitividad, resultaron atractivas para el desarrollo privado.

Ante ello, se analiza la génesis del concepto en diversos ordenamientos como el francés, el español, alemán así como el desarrollo que tuvo el concepto en el common law, en donde cada ordenamiento desarrolló su propia noción. En el caso de los franceses, se identifica el servicio público con el actuar administrativo, dado que este instituto fue utilizado como criterio de delimitación competencial. España, por su parte,

estructuró su concepto sobre la base de la titularidad estatal, particularidad propia de este país.

En el caso alemán, el concepto más próximo es el de procura existencial, que se puede asimilar al de la administración prestacional. Por último, en el caso anglosajón, el desarrollo adquiere connotaciones totalmente diversas. Opta por satisfacer las necesidades básicas de la colectividad, único elemento incuestionado del servicio público, a través de la iniciativa privada, donde el Estado asume un rol meramente de regulación y fiscalización. La actividad como tal, en este esquema, es privada pero sometida a ciertas obligaciones como consecuencia del interés general.

Estas tradiciones se ven forzadas a confluir en el ámbito europeo como consecuencia del proceso de integración de la Unión Europea, lo que obligó a compatibilizarlas, por lo que se desarrolla el concepto de actividad económica de interés general y a partir de este, lo que se ha denominado el nuevo concepto de servicio público, desarrollado bajo un esquema de competencia pero con la imposición de obligaciones de servicio público a los prestatarios.

Esta nueva visión de mercado hizo que legislaciones como la anglosajona acuñara el concepto de servicios esenciales, disminuyendo el desarrollo de las actividades estatales a aquellas que por su interés o por la población a la que fuese dirigida necesitaba ser previsto, lo cual, podría ser o no desarrollado por el estado. De esta forma, a nivel internacional se dio un movimiento reduccionista del aparato estatal en razón del crecimiento de la competitividad y las actividades comerciales.

Si bien, jurisdicciones como Francia y España han sido resistentes ante estos cambios, el desarrollo de los mercados internacionales ha llevado que la figura de los servicios públicos responda, cada vez más, a la esencialidad del servicio.

Costa Rica no ha estado fuera de este desarrollo, sin embargo, esta condición que es parte de un desarrollo político-estatal, que responde a una realidad económica, no ha tenido un desarrollo claro o uniforme.

C) Exposición de los problemas pendientes

Los cambios acaecidos por la figura del mercado y los servicios esenciales ha tenido un mayor impacto con el advenimiento de las tecnologías disruptivas que, sin lugar a dudas ha puesto en entredicho el ejercicio tradicional de las actividades comerciales, como ejemplo, podemos mencionar el uso de servicios de transporte como “UBER”.

Ello nos lleva a dar inicio a una discusión que deviene en necesaria para el replanteamiento de un concepto que al día de hoy no se encuentra acuñado en la legislación costarricense y que deviene en una necesaria actualización de una mención que se acuña desde el año 1978 con la Ley General de la Administración Pública.

En una concepción tradicional, Costa Rica ha decantado por adoptar tanto el concepto francés como el español, aunque con mayor fuerza el último. Esto por cuanto en muchos casos se ubica, como elemento definitorio, la titularidad estatal.

En todo caso, a nivel legislativo se encuentran diversas formas de regular actividades de servicio público, las cuales abarcan desde su publicación hasta

modelos similares al nuevo concepto de origen europeo, aunque a nivel nacional no se presentan ningunas de las condiciones que lo hicieron nacer.

A nivel jurisprudencial, se encuentran básicamente cuatro criterios con base en los cuales se define el servicio público, a saber, por titularidad estatal, identificación con el actuar administrativo, un criterio voluntarista (por disposición expresa del legislador) y la imposición de obligaciones de servicio público ante la existencia de un derecho fundamental.

Por último, debe diferenciarse entre los distintos sentidos o niveles semánticos que presenta el concepto de servicio público. El primero y más amplio, en el que se identifica con los principios que deben guiar todos el actuar del Estado, no solo el administrativo. El segundo, el técnico jurídico, según el cual el servicio público sería aquella actividad esencial de interés general, de índole prestacional y respecto de la cual el Estado asume una posición de garante.

Este concepto abarcaría distintas técnicas de servicio público, que pueden ir desde la publicación hasta el retraimiento del Estado en favor de la iniciativa privada.

De esta forma, podemos indicar como problemas pendientes a resolver los siguientes:

a) ¿Cuál es el concepto propio de servicio público?

Para responder a este interrogante debemos construir, sin lugar a dudas, un análisis histórico de dicho concepto, que nos permita sintetizar la génesis del mismo y la última tendencia doctrinaria.

b) ¿Cuál es la corriente doctrinaria que sigue el concepto de servicio público en Costa Rica?

En este segundo cuestionamiento, la evolución doctrinaria del concepto de servicio público lo ha llevado a tomar corrientes más amplias y restrictivas, todo en razón de un concepto de Estado en cada jurisdicción, de allí que la investigación lo que busca es, a través de un análisis fenomenológico, verificar la corriente doctrinaria que se ha seguido en el proceso de formación de las leyes en la Asamblea Legislativa y de igual forma, como dicha corriente doctrinaria ha permeado en las resoluciones judiciales.

c) ¿Es necesario en Costa Rica una modernización del concepto de servicio público?

Es decir, que ante lo casuístico del desarrollo de los servicios públicos y la determinación de sus características y condiciones, sea de relevancia para establecer una coherencia en el ordenamiento jurídico costarricense que, al remozar el concepto de servicio público a las últimas tendencias doctrinarias, ello nos exija que, al menos, tengamos una norma jurídica en la que se determinen las líneas generales de lo que debe ser considerado un servicio público y que estas consideraciones sean unos lineamientos obligatorios a seguir en la creación legislativa.

En este punto, cabe abordar la interrogante acerca del tratamiento diferenciado que se le da a actividades, que en cuanto a la prestación, resulta idénticas, pero diferenciadas únicamente en función del prestatario. Por qué someter al Estado a un conjunto de reglas exorbitantes del derecho común en la prestación de un servicio, pero no cuando

un particular desarrolla una actividad idéntica en cuanto a su prestación, como puede ser el caso de los hospitales públicos versus los privados?

Introducción

La principal característica que debe reseñarse de la noción de servicio público en el derecho administrativo es su equivocidad, tanto por su desarrollo histórico, como por la definición de los elementos constitutivos del concepto. Esta, solo es superada por el rol protagónico que ha tenido en el desarrollo de esta rama jurídica como un concepto central, así como una expectativa de todos los particulares frente al actuar del poder público.

Si bien se trata de una de las principales instituciones sobre la que se ha desarrollado el derecho administrativo, lo cierto es que sus contornos conceptuales distan de gozar de univocidad a nivel doctrinal o legal, y por el contrario, la realidad y el desarrollo normativo suponen una particular dificultad para contar con una definición que abarque las distintas formas en que se manifiesta esta institución. Parece que en la actualidad no se ha logrado superar, a pesar de los más de cien años que han transcurrido desde entonces, la observación que realizaba Jeze de que *“la terminología no se ha fijado aún debidamente en esta materia, siendo una fuente continua de confusiones y contradicciones. (Jèze 1949, 9)”*

En primer término, es preciso destacar que la figura objeto de estudio surgió bajo una realidad determinada, y desde siempre ha estado ligado a la confluencia de las circunstancias históricas, políticas y sociales imperantes en un momento dado, las cuales han modulado y determinado sus elementos constitutivos. Ello resulta aún más evidente a partir de la conformación de la Unión Europea en donde el concepto estudiado enfrenta una de sus más profundas crisis, originada, precisamente, en la confluencia de distintas tradiciones, no solo jurídicas, sino ideológicas.

En este sentido, la evolución del concepto no ha sido pacífica; por el contrario, se ha caracterizado por múltiples crisis que, en algunos ordenamientos, ha supuesto una reducción sustancial de su importancia respecto de otras épocas.

Asimismo, existe en la actualidad una fuerte tendencia a plantear las fuerzas de mercado como la solución a los problemas y necesidades sociales, la cual ha incidido con fuerza respecto de muchas de las instituciones del Derecho Administrativo, potenciando la iniciativa privada. Ciertamente, la libertad, como una de las aspiraciones máximas del ser humano debe ser defendida y propiciada cada vez que se pueda, pero también debe encontrarse un balance cuando se atente contra otro derecho esencial, la igualdad. Por esto, hacemos nuestra la siguiente frase de Tomás Ramón Fernández: *“no parece razonable prescindir de un modo de entender al Estado que los servicios públicos presuponen, sacrificándolos, sin más, en el altar de la competencia.”* (Fernández, Empresa pública y servicio público: el final de una época 1996)

Otro aspecto que ha añadido cierto grado de complejidad a la labor definitoria del concepto es que resulta un vocablo de uso común por la población, lo que, aunado al hecho de que se encuentra estrechamente ligado con la satisfacción de necesidades básicas, ha ocasionado una difusión poco técnica en su utilización, incluso a nivel legislativo.

Prescindir de la constatación de esta ausencia de univocidad en la noción misma resultaría, a todas luces, irresponsable, y lejos de fomentar un mayor grado de intersubjetividad entre los operadores y estudiosos del Derecho, tendría como resultado la imposibilidad de arribar a conclusiones precisas en relación con su objeto.

En virtud de lo anterior, la presente investigación tiene por objeto plantear algunos elementos con base en los cuales se pueda formular un concepto objetivo de servicio público basado, por un lado, en el estado actual de la reflexión doctrinal, pero principalmente a partir de la realidad costarricense.

Por ello, en el capítulo primero se analiza la evolución histórica del servicio público en diversos ordenamientos extranjeros para de esta manera plantear el estado actual de la cuestión a nivel general. Si bien pueda resultar extraño iniciar una investigación que parte de la premisa de que la noción objeto de estudio responde a factores propios de la circunscripción territorial en que se desarrolla de acuerdo a un análisis de derecho comparado; lo cierto es que esto resulta fundamental de cara a comprender la situación particular del derecho costarricense en virtud de la enorme influencia que estos países, particularmente Francia y España, y más recientemente Europa, han ejercido en el desarrollo jurisprudencial.

En el capítulo segundo se analizará el ordenamiento patrio, para lo cual se realizará un acercamiento fenomenológico a partir de ciertas actividades que han sido consideradas como servicio público, describiendo en un primer término la forma en que se encuentran reguladas así como el tratamiento que han recibido a nivel jurisprudencial. Esto permitirá establecer los elementos comunes que presentan las distintas actividades.

Desde el punto de vista metodológico, la presente es una investigación en la que se combina un análisis dogmático con una valoración cualitativa a partir de las actividades que se analizan.

En cuanto al primer punto, se realiza un análisis detallado de la doctrina relacionada con el tema en cuestión, no solo desde la óptica de las influencias directas del ordenamiento costarricense, sino también aquellas que han incidido en la construcción actual de las actividades consideradas como servicio público a efectos de encontrar el hilo común del tratamiento dogmático. Asimismo, se toman en cuenta los desarrollos realizados por otras fuentes del ordenamiento jurídico, como lo es la jurisprudencia y la legislación.

El anterior análisis se ve complementado por un abordaje cualitativo, procurando determinar los elementos constitutivos del servicio público a nivel nacional. Para esto, se sigue una técnica inductiva-deductiva, identificando las actividades que han sido calificadas como servicio público y a partir de esta constatación, determinar las razones por las cuáles recibieron dicha condición para extraer las distintas técnicas de servicio público imperantes en el país, y así, generar un concepto que las abarque en forma integral.

A partir de esta propuesta metodológica se pretende formular un concepto que, a partir de los elementos definitorios que se extraigan del anterior análisis, responda de mejor manera para clarificar, en alguna medida, los contornos del servicio público, y plantear, en forma concomitante, una reforma legal para su incorporación en el ordenamiento positivo que sirva como parámetro para reducir la ambigüedad en la aplicación del concepto en la praxis jurídica.

Capítulo Primero: Un acercamiento al concepto de Servicio Público

La definición del concepto de servicio público es una tarea a la que se han dedicado una cantidad importante de autores, sin que exista univocidad en los criterios utilizados. La dificultad radica, en buena medida, en que lejos de tratarse de una categoría propia del quehacer jurídico, refleja una noción ligada con la satisfacción de los intereses de la colectividad, y en ese tanto, está sujeta a condiciones históricas específicas y a valoraciones políticas, económicas e incluso ideológicas de las distintas sociedades.

La consecuencia de lo anterior ha sido que los contornos del servicio público se encuentren íntimamente ligados a la concepción del Estado según los distintos períodos históricos, los medios con que este cuenta para cumplir sus finalidades según las tendencias vigentes en cada momento, así como los recursos que la propia sociedad destina a la satisfacción de sus necesidades básicas.

Este bagaje histórico resulta fundamental para comprender la realidad contemporánea, en donde la última crisis del concepto se ha producido, en buena medida, por la visión del Estado que impera en la actualidad, así como el acercamiento de tradiciones jurídicas que se desarrollaron por vías muy diversas y que los procesos de integración entre países han hecho confluír para ser sintetizadas en una nueva noción.

Esto hace que sea imprescindible realizar un recuento de las distintas respuestas que se han dado a este fenómeno en diversos ordenamientos desde antaño, en particular, la tradición de influencia francesa y la anglosajona.

Por ello, se hará un recorrido por los mecanismos de satisfacción de necesidades de la colectividad durante la Edad Media para luego describir la separación de las dos principales formas en que el concepto de servicio público adquirió en la tradición romano-germánica, con particular interés en el caso francés (sin dejar de lado, claro está, el aporte español y alemán), y en la anglosajona, acuñada bajo el concepto de public utilities.

Sección I.- La génesis de los Servicios Públicos durante la Edad Media

Como ya se indicó, la noción de servicio público se encuentra íntimamente ligada con las necesidades esenciales de la colectividad. La tradición romano-germánica ubica el surgimiento del concepto de servicio público en la Francia post-revolucionaria, en particular, con la construcción dogmática realizada por el Decano de Bourdeaux, León Duguit y el complemento realizado por su homólogo de Toulouse, justo en los albores del Derecho Administrativo. Los primeros pasos que se dan para su afirmación como rama jurídica independiente es la búsqueda de su razón de ser, la que se encuentra en un primer momento, en el servicio público, el cual es planteado como el centro de articulación de esta nueva disciplina, sellando la intrínseca relación entre esta y aquél.

Empero, resulta importante señalar que, aún y cuando lo indicado en el párrafo precedente encuentra validez histórica, no por eso se debe soslayar que la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad ha estado ligada al poder público desde mucho antes del siglo XVIII.

Durante la época medieval, una serie de actividades requerían del uso de ciertos servicios (o instalaciones) que debían ser cubiertos por el señor feudal. Tal es el caso, por ejemplo, de los molinos, hornos y lavaderos, que formaban parte de un monopolio señorial². Al margen de la controversia que esta afirmación pueda provocar, y que es contradicha sobre la base de que la iniciativa de prestar estos servicios no responda a una concepción solidaria sino al funcionamiento de la economía medieval, y en particular, la necesidad de obtener recursos (tasas de uso) por parte de la autoridad territorial, lo cierto es que late en el trasfondo de esta circunstancia la conciencia de que el poder público debía asumir determinadas actividades o empresas en favor de los particulares.

Durante esta época, existía una importante confusión entre la autoridad monárquica y la Iglesia, caracterizado por lo que se ha denominado el “cesaropapismo”, en donde incluso ciertas instituciones eclesiales, incluyendo el papado, hacían las veces de señor feudal. Por otro lado, aún y cuando no se puedan identificar las estructuras eclesiales con el poder público, lo cierto es que entre Estado e Iglesia se dio una relación sumamente estrecha, en algunos casos de cooperación y en otros de rivalidad, y más aún, es indudable el rol que ejercía frente a los particulares en una sociedad bastante estratificada. No en vano, el desarrollo de las ciudades se

² “Pese a la aparente evidente relación que tienen los servicios públicos con la concepción moderna del Estado, no pocas voces se inclinan por señalar antecedentes históricos más remotos. JEAN LOUIS MESTRE, en un estudio de enorme trascendencia sobre la historia del derecho administrativo, señala como origen del servicio público instituciones propias del derecho medieval tales como las banalités seigneuriales y las solidarités urbaines. Las primeras son “instalaciones” o “servicios” de monopolio señorial, que son puestos a disposición del pueblo, quien a su vez paga una especie de tasa. Ejemplos de ellas son: los molinos, los hornos y los lavaderos. Por su parte, las solidarités urbaines, son instituciones muy similares pero típicas de un momento posterior, es decir no del monopolio del señor feudal sino de las autoridades municipales [...] Refiriéndose siempre al caso francés, BARBARA MAMELI anota cómo la noción de service public se utiliza en la segunda mitad del siglo XVIII en relación con las intervenciones del rey a favor de sus súbditos; y aún antes, con LOUIS XI, en 1464, ya se presentaban manifestaciones en este sentido con la institución de sitios fijos para la ubicación de caballos (les postes) para facilitar las comunicaciones en las diversas partes del reino ...” (Montaña Plata 2002, 120)

hacía en torno a las catedrales o iglesias, que se convirtieron en el centro de la comunidad. Ahora bien, no debe asumirse, a partir de esto, que su desarrollo estaba desligado del poder público.

Hacia el siglo XVI, las monarquías asumen cada vez más tareas y funciones que otrora estaban asignadas a la Iglesia, generándose una mayor intervención por parte del monarca, con lo cual se inició un proceso paulatino de laicización de las actividades³, el cual, evidentemente, no fue total.

Precisamente, a finales de este período, se dio una mayor intervención en las instituciones de asistencia y a partir de este momento, la actividad del Estado se fortalece y se realiza una reforma a dichas actividades, siendo en el año 1789 cuando la Asamblea Nacional pone a disposición de la nación los bienes de la Iglesia⁴.

Hacia el siglo XVIII, los países europeos habían consolidado, además de esta mayor injerencia del monarca, las figuras que en la actualidad se han denominado como servicios asistenciales y de beneficencia, que consistían en una variada gama de prestaciones de índole social, como por ejemplo en materia de sanidad y educación y que fueron asumidas por diversos tipos de organizaciones, dentro de las cuales se encuentran tanto la Iglesia, las órdenes religiosas así como agrupaciones de naturaleza privada (Muñoz Machado 2004, 734).

³ "...l'Eglise se considère comme chargée de la gérance ou au moins du contrôle des libéralités charitables qu'elle suscite ; même lorsque le Roi ou une municipalité prend l'initiative de la fondation d'un hospice, la gestion de l'établissement reste religieuse [...] L'Administration de la charité est ainsi avant tout religieuse, encore qu'au XVIII^e siècle se soit manifestée une certaine tendance des villes à créer des institutions hospitalières moins strictement religieuses mais comportant du moins l'autorisation et un contrôle de l'évêque, sous la forme d'un droit de visite.[...] Les caractéristiques de l'époque médiévale vont donner lieu, sous la Monarchie, à partir du XVI^e siècle, à une évolution assez sensible, marquée par l'intervention du Roi ; cette intervention croissante de la Monarchie, donc de l'Etat, ne va pas aboutir, certes, à une véritable et complète laïcisation de l'assistance, laïcisation qui sera réclamée par le mouvement des novateurs à la fin de l'Ancien Régime, mais du moins va-t-on assister à un plus grand contrôle exercé par l'Etat et à un développement des œuvres de l'Etat lui-même." (Laubadere 1971, 380-381)

⁴ "...l'Assemblée nationale constituante avait mis les biens ecclésiastiques à la disposition de la Nation, mais en prenant l'engagement de 'pouvoir d'une manière convenable aux frais du culte, à l'entretien de ses ministres et au soulagement des pauvres'" (Laubadere 1971, 382)

El panorama existente en Francia hacia 1789 lo describe Muñoz Machado, describiendo la forma en que la mayor parte de los servicios de carácter social se encontraba a cargo de instituciones no estatales con orígenes y regímenes jurídicos diversos⁵.

El punto de inflexión se da con la Revolución Francesa de 1789, en la medida en que los ideales que la inspiraron no sólo pretendían la consagración de derechos individuales en favor de los ciudadanos, *“sino que era necesario situar sobre ellos un poder capaz de desarrollar la preocupación protectora de los individuos que, entre otras cosas, se concretaba en la necesaria organización de prestaciones que aseguraran la vigencia y efectividad de los principios en los que la Constitución nueva se apoyaba.”* (Muñoz Machado 2004, 726)

La concepción de Administración que de estos principios se deriva es una encargada de asumir una serie de prestaciones o servicios en favor de los ciudadanos. Precisamente por ello, este período culmina con un proceso de secularización de las labores que antes asumían sujetos privados, sea la Iglesia u otras agrupaciones y que inició con la intervención del Rey para ejercer su control, la eliminación de los privilegios de la Iglesia, la confiscación de sus bienes, la reducción del poder del clero y la prohibición del derecho de asociación, impidiendo la continuidad de las agrupaciones que hasta el momento se habían encargado de prestar los servicios sociales.

⁵“A finales del siglo XVIII, la mayor parte de los servicios de carácter social está a cargo de instituciones no estatales con orígenes y regímenes jurídicos muy diversos. / Había entonces establecimientos de carácter corporativo y dependientes de comunidades eclesiásticas, seculares o regulares, y un variadísimo número de instituciones y corporaciones, de disciplina religiosa o laica, con denominaciones variadas (hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza, cofradías, hermandades, encomiendas). También vinculaciones de bienes (...) Algunas de las prestaciones sociales básicas, como la asistencia benéfica o la enseñanza, estaban prácticamente monopolizadas por estas instituciones que, además, las desarrollaban con una esencial independencia del gobierno real. La Administración estatal no había asumido entonces la obligación de planificar y dirigir estos servicios. Por otro lado, cada una de aquellas instituciones y corporaciones tenían un régimen particular [...]”. (Muñoz Machado 2004, 731)

El Estado, en consecuencia, se ve en la necesidad de asumir bajo su cuenta la ejecución de dichas labores, situación que puede contrastarse con lo ocurrido en Inglaterra⁶.

Así, al asumir el Estado estas actividades, se da una variación sustancial en cuanto al rol que este desempeña de cara a las necesidades de los ciudadanos, modificando, al mismo tiempo, las figuras constitutivas del Derecho Administrativo, el cual, junto con las limitaciones al poder público, pasa a tener por objeto la regulación de ciertas actividades prestacionales, es decir, se trata del germen de los servicios públicos.

No se pretende afirmar con lo expuesto hasta este punto, que las actividades comentadas y que se desarrollaron hasta la época revolucionaria, deban entenderse como servicios públicos bajo el concepto que se desarrolló a partir de las propuestas de la École de Bourdeaux, pero ciertamente ponen de manifiesto que la distintas sociedades se han estructurado de forma tal que ciertas actividades con trascendencia social fueran asumidas por ciertos grupos, y luego puestos a disposición de la colectividad garantizando el acceso a la mayoría.

La ideología de la Revolución, basada en los principios de libertad, igualdad y fraternidad, modificó sustancialmente el desarrollo de los sistemas políticos a nivel mundial⁷, generando al mismo tiempo, el ligamen que a la fecha se mantiene entre el

⁶ Sin perjuicio del análisis que se realizará en la sección V de este capítulo de esta investigación, basta en este punto destacar que en dicho país los servicios asistenciales continuaron bajo la iniciativa privada, dando lugar al concepto de los public utilities, homólogo en la tradición anglosajona al de servicio público. Este desarrollo culminó con la creación de instituciones reguladoras debido al marcado interés general del cual se revisten estas actividades.

⁷ “no es posible comprender el sistema francés actual sin remontarse hasta la Revolución de 1789, que constituye el verdadero punto de partida de la evolución política y constitucional de muchos de los sistemas políticos de nuestros días; y es, sin duda, el fenómeno que marca el tránsito de la Edad Moderna a la Edad Contemporánea al impulsar la desaparición del absolutismo y propugnar sus sustitución por el Estado Liberal de Derecho.” (Sánchez González 1994, 97)

concepto de servicio público y el Estado, y por derivación, con el derecho administrativo. Sin embargo, por lo ya dicho, esto no puede llevar a desconocer que no siempre el poder público ha sido el único responsable de satisfacer las necesidades de la colectividad como lo demuestra la evidencia histórica. Tal apreciación parte de la visión actual que se tiene a partir del importantísimo desarrollo generado de la noción francesa y su influjo en nuestro ordenamiento jurídico de tradición romano-germánico⁸. Pero hacerlo, le resta importancia a la participación que desde otrora ha tenido la sociedad civil en tal función.

En este sentido, con el surgimiento de los primeros Estados y la escisión entre el poder público y la Iglesia, las naciones adoptaron distintas formas de satisfacer las necesidades de su población. Si bien este fenómeno varía de una ubicación geográfica a otra, lo cierto es que se puede hablar, en lo que interesa para efectos del concepto del servicio público, de dos grandes vertientes: la anglosajona y la francesa, cuya principal diferencia radica, precisamente, en el rol asignado al Estado y a la sociedad civil.

Cada una de estas presenta un desarrollo particular, con características sumamente distintas, pero que en la actualidad conviene tener presente debido a la confluencia generada luego del surgimiento de la Unión Europea y la preeminencia de un modelo económico a nivel mundial.

La primera de las dos vertientes señaladas es aquella originada en Francia luego de la Revolución Francesa y que determinó lo que en la actualidad se denomina como el *service publique a la française*. Esta creación doctrinal fue adoptada,

⁸ Esto, en la medida en que el modelo de servicio público francés fue adoptado por España y presenta ciertas similitudes con Alemania, y en ese tanto, ejercieron, y lo continúan haciendo, una fuerte influencia en Costa Rica.

posteriormente, en la mayoría de los países europeos, y por influencia de estos, a los países latinoamericanos.

De ahí la importancia de analizar con detalle las particularidades y vicisitudes que en dicho país tuvo la noción objeto del presente estudio, para luego confrontarlo con las variaciones que otros ordenamientos le incorporaron para ajustarlo a sus necesidades individuales.

Lo anterior permitirá observar, no sólo la evolución del concepto, sino además delinear los contornos históricos que aún hoy influyen nuestro entendimiento sobre la materia y las definiciones que se pretenden formular.

Las nociones imperantes a nivel patrio sobre servicio público (hasta la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones) pivotan y rinden testimonio de esta herencia y línea de pensamiento en la que tradicionalmente se ha incardinado la doctrina administrativa nacional hasta épocas recientes⁹.

Sección II.- El Service Publique a la Française

Ahora bien, retornando al punto a ser abordado, luego de la Revolución Francesa, junto al escenario ya descrito en el que el Estado se vio en la necesidad de asumir la gestión de diversas actividades de interés público en aplicación de un principio de solidaridad, se empieza a desarrollar el Derecho Administrativo como rama

⁹ Ciertos cambios normativos, en particular a partir de la Ley General de Telecomunicaciones, ha generado la incorporación de una concepción distinta, y no del todo clara, del servicio público, basándose en la competencia y la noción de servicio universal. En todo caso, con anterioridad, se encuentran propuestas a nivel de doctrina nacional que impulsaron esta forma de entender este instituto. A manera de ejemplo, se puede citar a MARÍA LOURDES ECHANDI.

jurídica, y el servicio público como consecuencia de la organización derivada de los ideales revolucionarios que prevalecieron¹⁰.

Desde el punto de vista práctico, surgieron una serie de cuestionamientos ligados a la implementación de la nueva estructura estatal. Al ser un período post-revolucionario, este se caracterizó por la conformación de una nueva forma de organización influida por los ideales que inspiraron la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

En relación con el desarrollo del concepto del servicio público, es necesario detenerse, aunque sea brevemente, en la figura del *puissance publique*, ya que el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado francés basculará de este hacia aquel en la construcción de un fundamento para el incipiente Derecho Administrativo.

A) El concepto del Puissance Publique: punto de partida del desarrollo de los servicios públicos

Cabe recordar que es en la época post-revolucionaria, y en particular en la primera mitad del siglo XIX, que los historiadores del derecho ubican el surgimiento del Derecho Administrativo. Partiendo de la noción elaborada por Montesquieu, la ideología revolucionaria buscó implementar la división de las funciones del Estado (Legislativa, Administrativa y Judicial), para lo cual creó el Consejo de Estado, órgano administrativo

¹⁰ “La idea de servicio público, inicialmente, fue un concepto socio-político, algo así como la transposición liberal del «servicio al Rey», que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa. Es sabido que el Derecho administrativo moderno heredó en algunos casos técnicas jurídicas procedentes del Antiguo Régimen, pero no es este el caso del servicio público, que es una técnica institucional, finalista, no puramente instrumental, impensable fuera del contexto político-social y de una cierta idea del Estado que arranca de la Revolución.” (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004, 534-535)

al cual se le encomendó ejercer el control de la propia Administración, y de esta forma, evitar la intervención de los órganos judiciales en materias administrativas¹¹.

Al separarse el juez administrativo y el juez civil, surge entonces la interrogante acerca de los criterios competenciales que permitan determinar el ámbito de acción propio de cada uno, para lo cual se acude, en un primero momento, a la figura del *puissance publique*¹².

Ahora bien, siguiendo los expuesto por León Duguit, se puede indicar que esta figura del poder público no es propia de la época revolucionaria, sino que tiene su primer origen en el Derecho Romano, en donde su nacimiento se centra en el poder soberano, entendido como aquel que se le otorgaba al mandatario con la finalidad de que hiciera uso de él a favor de la seguridad de sus subordinados, donde el pueblo es el titular de dicho poder, pero que lo cede al monarca en razón de la convivencia social y el bienestar de la nación¹³.

¹¹ "Es curioso, pues a través de este mecanismo la Administración se atribuyó la posibilidad de autojuzgarse (autocontrol), y con ello concentró dos de las funciones primordiales, tal y como lo hacía el Rey con anterioridad en el viejo régimen, en el que su carácter soberano le permitía actuar por sí y antes sí en todos los asuntos administrativos, sin el necesario respaldo de los Tribunales, los que a su vez no tenían frente a las potestades del Monarca, el mismo poder directo que frente a los súbditos. Administración y Justicia, emanaban directamente del Monarca, no había ninguna razón para que este se sometiera al Juez. / En este aspecto, aunque por causas diferentes, los revolucionarios cayeron en el mismo vicio del absolutismo, inmunidad para quien es titular del poder ejecutivo y concentración indebida del poder. Ese autocontrol será luego delegado, sí, pero habrán calado ya una serie de privilegios administrativos que serán asumidos por el control jurisdiccional, muchos de ellos, hasta nuestros días. / Con esto, indudablemente, se violentó la teoría de Montesquieu, no tanto por la exclusión del poder judicial como poder de control (que bien pudo haberse otorgado en aquel momento al poder legislativo), sino porque se concentró una función muy amplia y con excesivo poder, sin contrapeso alguno, pues los controles fueron asignados al propio poder ejecutivo, que ha llegado a catalogarse como "autoritario y "jerárquico". (González Camacho 2001, 49-50)

¹² En su literalidad, se podría traducir como "potencia pública", en clara alusión a las potestades públicas, a los poderes exorbitantes de la Administración, es decir, a las potestades de imperio. No obstante, para nuestros efectos, adoptaremos la traducción común de "poder público".

¹³ "...en Roma sólo al principio del Imperio es cuando aparece una teoría jurídica del poder público. El pueblo es su titular; pero puede delegarla en un hombre; la transmite al príncipe por *lex regia*" (Duguit 1975, 10)

Con base en esta idea, el *imperium*, denominación utilizada en la antigua Roma fue trasladado a la Corona Francesa y, posteriormente, con el advenimiento de la Revolución Francesa, al gobierno¹⁴.

En términos generales, este puede ser conceptualizado como poder o potestad pública, cuya característica principal es la coactividad.¹⁵

Esta figura de la *puissance publique* deviene, en Francia, como respuesta al sometimiento del individuo ante el “*puissance*” (poder) del Estado, el cual era considerado como un deber por parte de los ciudadanos, debido a que el Estado se conceptuaba, no como un poder originario, sino como una expresión de la voluntad de la Nación, conformando con ello el concepto político de Estado - Nación¹⁶. Es este poder público lo que permite que el Estado regule, gobierne y sancione.

Puede afirmarse junto con el autor Jacques Chevalier, reseñado por el autor Montaña Plata (Montaña Plata 2002), que la *puissance publique* constituye, hasta inicios del siglo XX, el mito sobre el cual el Estado se apoya para justificar su

¹⁴ De esta constatación, Duguit afirmará que es la idea de soberanía la que sirve de fundamento a la *puissance publique*.

¹⁵ Esta noción no es exclusiva del derecho francés, acuñándose en diversos ordenamientos aunque con visiones particulares, como lo es el caso del alemán, en donde su desarrollo tomó un cauce distinto. “Esta exaltación del concepto de *puissance publique* está en la base de las construcciones teóricas de mediados y finales del siglo XIX, tanto de la doctrina alemana (GERBER, IHERING, sobre todo, LABAND Y JELLINEK) como de la francesa (sin duda, muy especialmente como veremos, en HAURIOU), aunque dichas construcciones tengan en ambos países, como señalaremos a continuación, sustanciales puntos de diferencia —en cuanto a la fundamentación filosófica-política y a la metodología— a partir de los cuales los estudiosos posteriores han llegado a concluir que la teoría jurídica del servicio público nace como respuesta francesa a la distinción germánica que veía en la idea de autoridad, y en su correlato, la subordinación, la nota característica del Derecho Público.” (Fernández García 2003, 62)

¹⁶ “la doctrina francesa ve en el Estado no el «hecho» político originario sino la expresión de la Nación, su personificación jurídica. CARRÉ DE MALBERG admite sin duda la *puissance* de dominación, la *Herrschaftsgewalt* de LABAND, como elemento característico del Estado, pero la idea de un *Herrscher* situado por encima de la Nación desaparece en su construcción jurídica del Estado. CARRÉ DE MALBERG desarrolla la idea, de raíz roussoniana, de que el Estado no puede imponer a los ciudadanos más que la voluntad general de la Nación. Nos encontramos ante el concepto democrático del Estado-Nación. Se aprecian en esta construcción teórica las ideas proclamadas en la Revolución Francesa: para LABAND, el individuo está sometido a la *puissance* del Estado sin tener derechos subjetivos que oponer. A diferencia de este planteamiento, los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano proclamados en Francia en 1789 permitirán a CARRÉ DE MALBERG establecer una limitación a la *puissance* de dominación del Estado.” (Fernández García 2003, 64)

legitimidad, así como el principio jurídico que se convierte en la razón de ser del régimen de derecho público. Correlativamente, el derecho administrativo se construyó alrededor del dogma que él mismo contribuyó a mantener y reforzar, donde esta rama jurídica se perfiló como un derecho de prerrogativas y privilegios¹⁷, siendo este régimen privilegiado de la Administración Pública lo que justificaba la irresponsabilidad del Estado característico de esta época.

Frente a este, el ciudadano se encontraba en una posición de subordinación, en la que los actos de la Administración se consideraban irresistibles. El *puissance publique* era considerado como el fundamento, tanto del sometimiento de la ciudadanía a lo dispuesto por la Administración, como del mismo Derecho Público.

Es a partir de este concepto que surge la consabida distinción entre los actos de autoridad y de gestión, según la cual, los primeros son propios del incipiente derecho administrativo mientras que los segundos se encuentran excluidos de este, y por ende, aún y cuando la Administración participe en ellos, son regulados por el derecho común.

La doctrina dominante de la época distinguía, en consecuencia, entre *Etat-puissance publique* y *Etat-personne civile*, siendo que este último se encontraba privado de su privilegio de jurisdicción (Braconnier 2007, 112).

La autora María Yolanda Fernández (2003), sobre este punto, comentando la doctrina propuesta por Laferriere, indica que la Administración actúa manifestando la autoridad y la soberanía del Estado únicamente, cuando ejerce actos de autoridad. Por

¹⁷ "Fundado en el criterio de la *puissance publique*, el derecho administrativo se ha perfilado como un derecho de prerrogativas y privilegios para la administración." (Montaña Plata 2002, 128)

su parte, en los actos de gestión, en donde la Administración actúa como si se tratase de un particular, su actividad se asimilaba a la de estos¹⁸.

El autor Jean-Marie Auby manifestó sobre este particular que el poder público encarna al Estado, que aparece como detentador, por naturaleza, de una serie de prerrogativas, en donde le corresponde a la actividad administrativa ese aspecto de autoridad, como manifestación del derecho público exorbitante al derecho común¹⁹.

El *puissance publique* constituía, así, un elemento indisociable de la actividad de la Administración Pública, y como tal, fundamento del Derecho Administrativo. Esta situación llevó a que el criterio de separación de competencias para ejercer el control de los actos de poder fuera, precisamente, la existencia de un *puissance publique* en la actuación que se pretendía juzgar²⁰.

Es por esto que, en este estadio del desarrollo teórico, la determinación del concepto del *puissance publique* y su relevancia a nivel jurisdiccional tomó una enorme relevancia en Francia²¹.

¹⁸ “Este ilustre maestro sistematiza los precedentes jurisprudenciales y diferencia en los actos de la Administración según su naturaleza de la siguiente manera: o bien la Administración actúa manifestando la autoridad y soberanía del Estado, en cuyo caso las disposiciones del Código civil previstas para relaciones de igualdad no serían susceptibles de ser aplicadas a actos de autoridad; o bien, por el contrario, la Administración actúa como si fuera un particular, en cuyo caso es procedente aplicar a estos actos de gestión el Derecho común, lo que lleva consigo la competencia de los tribunales ordinarios” (Fernández García 2003, 69)

¹⁹ “Le pouvoir politique, incarné dans l'Etat, apparaissait comme détenteur par nature de prérogatives régaliennes, qu'il appartenait notamment à l'administration de mettre en cause. L'activité administrative, correspondant à cet aspect de puissance, d'autorité, était donc soumise à un régime de droit public exorbitant du droit commun” (Auby 1969, 13)

²⁰ “A un nivel técnico-jurídico, los problemas se van a plantear a la hora de determinar el alcance preciso de la genérica noción de *puissance publique*. Fuera de cualquier planteamiento teórico, lo que trascendía a nivel práctico de esta noción era que la Administración actuaba ostentando aquella (la *puissance*) pero, en cada una de sus actuaciones, ¿con qué alcance se manifestaba ésta? y, más aún, ¿qué sucedía en caso de litigio?, ¿cuál era la jurisdicción competente?.. Se suscitaba aquí el problema nuclear al que se enfrentaron los Tribunales y la doctrina del momento: la búsqueda de una noción clave que sirviera como criterio determinante del Derecho aplicable y de la jurisdicción competente para conocer del concreto litigio.” (Fernández García 2003, 66)

²¹ Según detalla Fernández García (2003, 67), en 1806 se va precisando el concepto adquiriendo cierta predominancia. Documentos importantes son el Decreto de 11 de junio de 1806 y el arret Ancel, en que el Consejo de Estado envió a los tribunales ordinarios el conocimiento de la ejecución de un contrato celebrado en condiciones de Derecho común; solamente los contratos celebrados en condiciones no habituales debían someterse al citado decreto, el cual asienta la distinción del derecho aplicable y la jurisdicción competente.

Empero, este concepto como factor esclarecedor de los ámbitos competenciales del juez administrativo resultará insuficiente, lo que no supuso su desaparición, tal y como da cuenta la atinada formulación que en este sentido realizó Hauriou²².

Ahora bien, tanto factores económicos como sociales fueron determinantes en el desencadenamiento de la crisis del concepto de *puissance publique*²³.

Ante este cambio, poco a poco surgieron nuevas actividades que debían ser satisfechas por la Administración, de tal forma que se da el surgimiento de la figura del servicio público. La consideración de dichas actividades quedaban, claramente, definidas en razón de las nuevas circunstancias históricas, y el *puissance publique* que justificaba y sustentaba el Derecho Público estaba pasando por un nuevo planteamiento²⁴.

B) La influencia de la decisiones judiciales en la conformación del concepto de servicio público

a. El Arrêt Blanco, un primer acercamiento

En este punto se debe mencionar el enorme desarrollo realizado por la jurisprudencia francesa, en especial, en el *arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos

²² Sobre este tema, véase el análisis que sobre este autor se realiza en esta misma sección.

²³ "Factores de orden económico y sociopolítico, en especial, dieron lugar a la crisis del concepto de *puissance publique*. Por una parte, la fuerte industrialización que caracterizó gran parte de los países del continente europeo en el siglo XIX y la consiguiente concentración de los medios de producción exigieron una participación más decidida por parte del Estado. Por otra, la expansión y trascendencia de los principios liberales que habían caracterizado el modelo republicano (en Francia) alcanzaron una mayor madurez y por consiguiente la idea del Estado sometido al derecho logró una más amplia conciencia social." (Montaña Plata 2002, 129)

²⁴ "Si en la concepción abstencionista liberal se entendía y definía el estado como un ente superior dotado de una *puissance* incondicional e irresistible, en las nuevas construcciones teóricas se sitúa más destacadamente en una situación de subordinación, sujeto al Derecho y puesto al servicio de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la preocupación fundamental de la doctrina del servicio público será la de sentar las bases de una limitación objetiva del Estado por el Derecho y, sobre todo, la de subrayar la dimensión prestacional del Estado o su deber de asegurar determinadas prestaciones". (Fernández García 2003, 75)

(1873), puesto que en dicha resolución se vincula el concepto del *puissance publique* y el de servicio público. Hasta este punto, los criterios de distinción de la competencia de la jurisdicción común y la administrativa aún no se han asentado, manteniéndose cierta indeterminación sobre el punto producto de la ambigüedad de los conceptos utilizados para tales fines.

La importancia del *arrêt Blanco* radica en la incorporación de una noción un tanto más clara para realizar la asignación competencial.

A efectos de definir cuál era el órgano al cual le correspondía de conocer del reclamo patrimonial, el comisario David formula sus conclusiones en las que plantea una ecuación que modelará el Derecho Público francés, y en buena medida, el continental, en virtud de la cual, el sitio natural (*domaine naturel*) para conocer de los reclamos que se originen con motivo de un servicio público es dentro de la competencia administrativa.

Según esta, servicio público es igual a la organización administrativa que es igual a asuntos administrativos que es igual a *puissance publique* y por ende, a la competencia del juez administrativo (*service public = corps administratifs = affaires administratives = puissance publique = compétence du juge administratif*) (Braconnier 2007, 113).

David indica que por *Etat-puissance publique* debe entenderse aquél que está encargado de asegurar determinados servicios administrativos, que él denomina como servicios públicos. Le compete a este su gerenciamiento, lo que lo diferencia del *Etat-personne civile* (Braconnier 2007, 112).

Expresamente indica que el Consejo de Estado es el competente, y no la jurisdicción común, para conocer de los daños causados por las actuaciones realizadas en ejercicio de este *puissance publique* encargado de asegurar la marcha de diversos servicios administrativos, como lo son los servicios públicos²⁵.

De esta forma, invierte la regla que había predominado a la fecha en virtud de la cual la competencia del juez administrativo se determinaba en forma negativa, es decir, en forma subsidiaria o residual respecto del juez común, para contar con un criterio propio reafirmante de su competencia. Y, de igual forma, se constituía al concepto de servicio público como el definidor de la actividad del Estado²⁶.

Es importante en este punto confrontar la lectura que se ha realizado sobre el *arrêt Blanco*. Si bien algunos afirman que es a partir de este fallo que surge el concepto de servicio público, otros exponen que en realidad, el fallo en cuestión no viene a quebrar significativamente la línea jurisprudencial, en la medida en que en la base del mismo se encuentra el concepto de *puissance publique*²⁷.

²⁵ A continuación se detalla el texto extraído de las conclusiones del Comisario de Gobierno David: "En présence de ces deux citations qui déterminent de la façon la plus nette le domaine respectif de l'autorité judiciaire et de la juridiction administrative, nous pouvons maintenant conclure que si l'Etat en tant que personne civile, considérée soit comme propriétaire, soit comme contractant et à raison des rapports qui découlent de ces situations entre lui et les particuliers, est justiciable des tribunaux ordinaires, il ne l'est pas en tant que puissance publique chargée d'assurer la marche des divers services administratifs, à moins, pourtant, que des lois spéciales à ces services ne l'aient exceptionnellement soumis à l'autorité judiciaire, comme cela a lieu, en matière de douanes, de contributions indirectes, d'enregistrement, d'expropriation pour cause d'utilité publique et même de simple occupation temporaire pour travaux de fortification. / Mais ces exceptions ne font que confirmer la règle de notre droit public, qui place dans le domaine naturel de la compétence administrative toutes les réclamations formées contre l'Etat à raison des services publics (voir, notamment, l'arrêt du 6 août 1841, affaire Dekeister, rendu au rapport de M. Boulatignier, D.P.62.3.4.)." http://www.lexinter.net/JPTXT2/conclusions_david1.htm

²⁶ "El concepto de servicio público quedó así prácticamente equiparado al de actividad del Estado y de su administración y consecuentemente al de derecho administrativo y de competencia del juez administrativo. El derecho privado fue conscientemente reducido al mínimo cuando se trataba de actividad administrativa." (Moderne 2006, 10)

²⁷ Así por ejemplo, Fernández García afirma: "La tesis según la cual es la noción de *puissance publique* la determinante en la sentencia Blanco aparece confirmada en otra sentencia del Tribunal des Conflits de 20 de mayo de 1882, De Divonne et Rome: «Il ressort de l'ensemble des lois qui ont établi le principe de la séparation des pouvoirs (...) qu'en général, et, sauf les exceptions formellement exprimées, l'autorité administrative est seule compétente pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat, considéré comme puissance publique,

Con base en la cita de las conclusiones del comisionado David, así como el criterio expuesto en el arrê de Divonne et Rome de 1882, esta segunda posición parece ser la acertada. En todo caso, es indudable la importancia del arrê Blanco en el desarrollo del concepto, en la medida en que, al someter el conocimiento de asuntos relacionados con el servicio público a la competencia del Consejo de Estado y no de la jurisdicción civil, lo sometió al mismo tiempo a reglas especiales propias, o utilizando la terminología tradicional, lo sometió a un régimen exorbitante del derecho común.

b. La concepción del servicio público como definitorio de la actividad administrativa, a través del El Arrêt Terrier²⁸

Al igual que el anterior, este arrê versa sobre un reclamo de daños a la Administración (Sendín García 2003, 31) en virtud de una relación contractual, quedando, de ahora en adelante, dicha materia incorporada en el ámbito de lo contencioso administrativo. Se vuelve en esta resolución a analizar el concepto de servicio público como delimitación de la competencia administrativa y de la responsabilidad administrativa.

Indica el autor Jean-Claude Ricci, citado por Montaña Plata, que con el fallo Terrier se consolida de manera determinante la consideración de los servicios públicos desarrollada por el fallo Blanco. Asimismo, establece este autor que, aparte de extenderse la competencia del juez administrativo a los aspectos contractuales, en los que resulten vinculados los departamentos y los municipios, se desarrolla la distinción entre gestión pública y privada, es decir, la distinción entre servicios públicos administrativos y los servicios industriales y comerciales brindados por el Estado (Montaña Plata 2002, 131).

et représentent par l'une de ses administrations, chargée de pouvoir dans l'intérêt général a un service public»." (Fernández García 2003, 74)

²⁸ Resolución emitida el 6 de febrero de 1903 por el Consejo de Estado Francés. "En el arrêt Terrier el Consejo de Estado afirma su competencia para conocer de la reclamación de unas primas que habían sido comprometidas a todos aquellos que justificasen haber eliminado una víbora" (Montaña Plata 2002, 129)

C) La Escuela de Burdeos y su aporte al componente social del concepto de servicio público

La base jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, primordialmente el arrêt Blanco y posteriormente el arrêt Terrier, fueron de enorme influencia, en la medida en que a partir de esta línea jurisprudencial se empieza a gestar el desarrollo de grandes escuelas del servicio público. De éstas, la de mayor trascendencia ha de ser la Escuela de Burdeos, liderada por el jurista León Duguit y, posteriormente, complementada por la tesis de su discípulo Gastón Jèze²⁹.

Esta Escuela se ve muy influenciada por la doctrina de la solidaridad social de Emil Durkheim (1887-1917), la cual, a su vez, fue una de las bases del Estado Benefactor que, poco a poco, lograría desplazar al Estado Liberal producto de la Revolución Francesa de 1790.

Podemos indicar, a modo de breve introducción que si bien ambos representantes de la Escuela de Burdeos abogan por la definición del servicio público y su preponderancia como piedra angular del derecho administrativo francés, podrá observarse que ambas tesis llegan a conclusiones, si bien complementarias, distintas en su fundamento³⁰.

Lo importante de resaltar de la teoría mencionada por esta Escuela, es que se ve al Estado no como un sujeto definido por el valor de la *puissance publique* y de la

²⁹ “La teoría del servicio público fue definitivamente elaborada por la Escuela de Burdeos que encabezaron Duguit y Jèze, y que hizo de ella el centro de todas las instituciones del Derecho Público, hasta el punto de sostener, como hiciera Duguit, que los tres elementos esenciales del Estado eran la nación, los servicios públicos y el territorio.” (Chinchilla Marín 1988, 65)

³⁰ A manera de síntesis de lo que de seguido se expondrá, se puede indicar que para el autor León Duguit lo que define al servicio público es un criterio objetivo, mismo que se encuentra contenido en toda actividad que lleve a cabo el Estado con la finalidad de satisfacer el interés general, y es en razón de dicho interés que deben ser asegurado, controlado y regulado. Por su parte, Gastón Jèze basa su tesis en un criterio subjetivo, en donde el aspecto definitorio del servicio público es una calificación política, es decir, se debe atender a la valoración de los gobernantes para determinar la existencia de una necesidad de interés social que debe ser satisfecha mediante el procedimiento del servicio público.

fuerza, sino como un promotor de la solidaridad social a través de la tutela del interés general³¹.

a. La figura de León Duguit y su liderazgo en la Escuela de Burdeos

En este momento histórico, la figura del servicio público era tratada en forma muy incipiente y, como manifestó León Duguit, la base del Derecho Público era la soberanía³².

Es a este autor a quien se le atribuye el inicio del estudio doctrinario de la noción de servicio público. Para él, es la transformación del concepto mismo de Estado y el de soberanía lo que da paso al surgimiento del servicio público como piedra angular del Derecho Público.

Como ya se adelantó, un aspecto que no puede ser soslayado es la marcada influencia que sobre este autor ejerció Emil Durkheim³³ con su concepto de solidaridad. Este sociólogo encuentra en el derecho un instrumento que se fundamenta en la idea de solidaridad que existe a nivel de un grupo social específico, lo cual basa en el análisis del derecho represivo y restitutivo. En este sentido, en la obra *La División del Trabajo Social* (1928, 136), señaló que “*esas relaciones pueden tomar dos formas muy*

³¹ “L’Etat n’apparaît plus comme un phénomène de force: il incarne le lien qui unit les hommes en société, c’est-à-dire la solidarité sociales. Son rôle est donc d’exprimer et d’intensifier cette solidarité. Sa fonction et sa justification consistent non à dominer les hommes, mais à susciter les moyens destinés à favoriser leur interdépendance.” (Auby 1969, 14)

³² “El Estado es la nación organizada; es por tanto titular de la soberanía; y el Derecho público (el Staatsrecht de los alemanes) es el Derecho del Estado; es decir el conjunto de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones con las demás personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados” (Duguit 1975, 16)

³³ “La teoría jurídico-sociológica duguitiana, por él mismo calificada de «teoría objetivista», tiene sin duda a la base la construcción sociológica de Durkheim donde el fundamento del Derecho se sitúa en la noción de solidaridad humana, de interdependencia social, pero presenta también -como se indicará más adelante- importantes adeudamientos a la doctrina del «derecho social» planteada por algunos solidaristas franceses precedentes. Ambas contribuciones afluyen y confluyen en su obra con modulaciones y particularidad de enfoques, especialmente valorativos, que al cabo desembocan en una autónoma y singularísima doctrina sociojurídica.” (Monereo Pérez y Calvo González 2004)

diferentes; o bien son negativas y se reducen a una pura abstención, o bien son positivas o de cooperación” siendo que ambas representan “dos clases de solidaridad social”

A partir de esta noción, la propuesta duguítiana³⁴, enmarcada en un realismo jurídico que propone alejarse del estudio de las “esencias” para acercarse al de las “realidades” encuentra en la solidaridad social el fundamento tanto del derecho público como privado, lo que hace que las reglas jurídicas vinculen por igual al individuo y al Estado. Precisamente, en esta idea, cuestiona radicalmente el concepto del derecho subjetivo en la medida en que supone la posibilidad de imponer una voluntad frente a otra (Monereo Pérez y Calvo González 2004).

En su tesis, Duguit analiza la figura de la soberanía que, según manifestó, ya dejaba de ser relevante en la determinación de las funciones del Estado. Es así como reconoce que, inicialmente, se concebía al Estado como aquella figura cuya tarea primordial era el mantenimiento de la soberanía, entendida como aquella obligación de los gobiernos de ejecutar los servicios de guerra, de policía y de justicia³⁵.

En lo que respecta al concepto de derecho objetivo y su relación con el servicio público, para Duguit *“...la gran masa de las leyes se dictan en realidad con el fin de organizar los servicios públicos y de asegurar su funcionamiento. La ley es así, ante todo, la ley de un servicio público [...] Ninguno puede violar esta regla, ni el particular, que no puede usar el servicio sino conforme a la ley, ni los gobernantes, ni sus*

³⁴ Para un análisis más exhaustivo sobre la forma de pensar de esta autor, se puede observar el artículo de Jose Luis Monereo y José Calvo publicada en la Revista de Derecho Constitucional Europeo denominado “León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación”.

³⁵ “el problema de la legitimación del Estado no supone buscar una fuente de legitimación para un sujeto de derecho, el Estado-persona, titular de la soberanía, y con ello capaz de ejercer el poder público; sino que el Estado, o más bien la actividad desarrollada por éste, se legitima sólo en la medida en que se desarrolle su fin propio, es decir, cuando va dirigido al cumplimiento del Derecho objetivo” (Sendín García 2003, 33).

agentes, que no pueden hacer nada para impedir el funcionamiento del servicio conforme a su ley. De este modo se puede decir que los servicios públicos son instituciones de Derecho objetivo.” (Duguit 1975, 38)

A partir de las anteriores nociones, para este profesor de la Escuela de Burdeos, el concepto de soberanía deviene en obsoleto³⁶, máxime desde que se incorpora al análisis jurídico un nuevo concepto: el de la necesidad. Manifestó el autor en su momento, que un sistema jurídico no tiene realidad sino en la medida en que pueda establecer y sancionar reglas que aseguren la satisfacción de las necesidades que se imponen a los hombres en una sociedad dada, y en un cierto momento (Duguit 1975).

Al modificarse las exigencias de la nación se provoca de igual manera una transformación en los requerimientos hacia el Estado, dándose según el autor, una sustitución de la noción de soberanía por la de servicio público como aspecto fundamental del Derecho Público, donde este nuevo concepto surge del propio ser humano, desde el momento en que comprende que existen obligaciones impuestas a los gobernantes a favor de los gobernados, cuya realización era consecuencia y justificación de su mayor fuerza³⁷.

El Estado no se considera como la figura del gobernante soberano y plenipotenciario, a quien se le atribuye la potestad de mandar y cuyas obligaciones se limitan a la seguridad de la nación; evoluciona de tal forma que ahora se le atribuyen un

³⁶Sobre este mismo punto: “Para Duguit, la noción de soberanía se vuelve una anacrónica y obsoleta; por ello, en su opinión la noción de servicio público acaba por sustituir la de soberanía” (Fernández Ruiz 1995, 36)

³⁷ “La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Seguramente esta noción no es nueva. El día mismo en que bajo la acción de causas muy diversas (...), se produjo la distinción entre gobernantes y gobernados, la noción del servicio público nació en el espíritu de los hombres. En efecto, desde ese momento se ha comprendido que ciertas obligaciones se imponían a los gobernantes para con los gobernados y que la realización de esos deberes era a la vez la consecuencia y la justificación de su mayor fuerza.” (Duguit 1975, 27)

conjunto de deberes para asegurar la organización y el funcionamiento de los servicios públicos³⁸. Es aquí donde se centra la tesis de Duguit, puesto que es necesario imponer obligaciones positivas al Estado desde esta nueva perspectiva, donde el individuo espera recibir ciertos beneficios, estableciendo para ello reglas y condiciones: *“...un sistema de Derecho público no puede reunir estas condiciones de vitalidad si no establece y sanciona las dos reglas siguientes: 1º Los que tienen el poder no pueden realizar ciertas cosas. 2º Ellos deben hacer ciertas cosas.”* (Duguit 1975, 23)

Entiende con ello que “[l]as actividades cuyo cumplimiento se considera como obligatorio para los gobernantes constituyen en el objeto de los servicios públicos” (Duguit 1975, 34). De tal forma que, para efectos de León Duguit, a medida que la civilización avanza, en igual forma lo hacen sus necesidades y, como consecuencia, también lo hace la cantidad de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos y, llevando indefectiblemente al aumento en el número de estos.

Es por ello que, para Duguit, son las actividades y exigencias de los gobernados lo que viene a determinar el número y complejidad de los servicios públicos, de tal forma que, en su obra, llega a la conclusión de qué debe entenderse por servicio público: *“...toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser*

³⁸ “El punto de partida reside en afirmar que la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Según nuestro autor, se ha producido un quebrantamiento de la fe de los hombres políticos y de los juristas en el dogma de la soberanía. Es más, entiende, que es la noción de función social cuya existencia advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del Derecho público, la que está en el fondo de la noción de servicio público cuyos elementos constitutivos es preciso definir. Consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen deber de cumplimiento, una cierta actividad. Las actividades cuyo cumplimiento se consideran obligación para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos.” (Monereo Pérez y Calvo González 2004)

asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante.”

(Duguit 1975, 37)

A partir de esta concepción, la noción de servicio público se convierte en un elemento fundamental del Derecho Público, transformándose en un conjunto de reglas que determinan la organización de estos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido, por tanto, cediendo la regla del poder de mando o poder público a la de organización y gestión de los servicios públicos. Esto es, la finalidad teleológica del Estado es la satisfacción del interés general a través de la prestación de servicios públicos.

En adelante, esta noción implicará una función social de los gobernantes que fundamenta el derecho subjetivo del Estado, así como una restricción del poder público que deja de ser visto como ilimitado frente a los derechos de los administrados.³⁹

Continúa manifestando Duguit, que las leyes se dictan con el fin de organizar los servicios públicos y asegurar su funcionamiento, siendo ellas ante todo, la ley de un servicio público, concluyendo que estas son instituciones de Derecho objetivo. Este carácter objetivo no es más que el reconocimiento y la realización de una obligación general que se impone a los gobernantes, por lo que para el autor que se comenta, existe una correspondencia íntima entre la posesión del poder y la obligación de cumplir ciertas actividades, de prestar ciertos servicios.

³⁹ Sobre este aspecto nos amplía la autora Fernández García: “El servicio público constituye pues el fundamento y límite del poder de los gobernantes. Dicho poder se justifica por la necesidad de satisfacer las necesidades colectivas del público. El servicio público contiene así un principio de rigurosa limitación del Estado, tanto en lo que se refiere a la delimitación del campo de intervención social como en lo que se refiere a la definición de los medios de acción, disipando así «los viejos fantasmas de la soberanía ilimitada y de la trascendencia absoluta de la puissance publique».” (Fernández García 2003, 76)

De esta forma, al ser la ley un medio para exigir a los gobernantes el cumplimiento de sus obligaciones, Duguit argumenta que este es el punto de partida para exigir responsabilidad de la Administración cuando se irroge un daño al particular, ya sea por la ausencia del servicio, o por su funcionamiento anormal, utilizando los conceptos actuales⁴⁰.

Es así como para este autor, los gobernados se encuentran en la posibilidad de exigir la intervención estatal en determinadas actividades, de tal forma que era necesario dotar a los particulares de los recursos de derecho necesarios que garanticen este deber de las autoridades públicas. La evolución del derecho público ha de conseguir: *“...la desaparición del derecho subjetivo del Estado y del individuo, la formación de la noción del deber objetivo imponiéndose a los gobernantes, en relación con los servicios públicos, la situación legal jurídicamente protegida en que se encuentran los administradores frente al servicio.”* (Duguit 1975, 47)

b. El refrescamiento conceptual dado por Gastón Jèze

Otro de los exponentes de la Escuela del Servicio Público de la Escuela de Burdeos es el discípulo de León Duguit, Gastón Jèze, quien continúa el desarrollo de la noción de servicio público, con una formulación que delimitó en mayor medida, la definición ampliativa de Duguit.

⁴⁰ “Si el servicio público funciona contra la ley o si no funciona, a pesar de la existencia de una ley que ordena su funcionamiento, en una palabra, si existe una violación de la ley del servicio, la responsabilidad del Estado, la responsabilidad del servicio, según la expresión consagrada, se producirá a petición del particular, a condición claro es, de que haya sido lesionado.” (Duguit 1975, 42)

Jèze (Jèze 1949) mantiene la idea original de que toda Administración Pública tiene el deber de satisfacer necesidades de interés general, tales como policía, justicia, tránsito, etc; sin embargo, para él, a diferencia de Duguit, existen actividades de interés público que no son llevadas a cabo por la Administración, por lo que su tesis se centra en determinar que la Administración no satisface todas las necesidades que presenten esta característica. Por el contrario, ello dependerá de las circunstancias sociales y de necesidad en cada momento histórico.

Incorpora un nuevo elemento en la noción del servicio público francés, puesto que para él, si bien existen actividades que debe llevar a cabo la Administración Pública con exclusión de los particulares, existen otras en las que actúa en concurrencia con los particulares.⁴¹

Lo anterior lleva al autor a afirmar que no le compete a la Administración satisfacer todas las actividades de interés general, y en consecuencia la satisfacción de estas no le corresponde en forma exclusiva a ella, ya que es posible que acuda a la particulares para su ejecución. En este aspecto es importante resaltar que el aporte efectuado por Jèze llevó a la consideración de actividades de interés general en forma distinta al servicio público.

Asimismo, para Jèze lo definitorio del servicio público es la normativa jurídica que lo desarrolla, o como bien lo manifiesta, el procedimiento de derecho público,

⁴¹ “No obstante, existen necesidades de interés general que únicamente satisface la Administración con exclusión de los particulares: justicia, policía, comunicaciones telegráficas y telefónicas, transporte de correspondencia, etc. Trátese, en este caso de un monopolio. Finalmente, existen otras que son satisfechas concurrentemente por la Administración y por los particulares: verbigracia, en Francia, la enseñanza, teatros, servicio de desinfección, asistencia, cajas de ahorro, transporte de encomiendas postales, etc.” (Jèze 1949, 3)

reconocido como un régimen jurídico especial que sobrepasa lo regulado por el ordenamiento jurídico civil o común⁴², tal y como se explicará.

De esta forma, Jèze resalta como elemento esencial de los servicios públicos el régimen jurídico al que está sometida la actividad, pues será servicio público, en tanto esté sujeto al derecho público, entendido como aquella regla jurídica exorbitante del derecho privado. Así, estas reglas jurídicas especiales junto a las teorías jurídicas especiales y los procedimientos de derecho público, convergen en una idea esencial: *“el interés particular debe ceder ante el interés general”* (Jèze 1949, 5).

La diferencia para este autor entre el derecho privado y el derecho público, en el que fundamenta su tesis, es que el primero se basa en la igualdad de los intereses de los particulares, de tal forma que, al surgir un conflicto entre ellos, han de ser tratados en forma equitativa, puesto que ningún derecho de esta naturaleza, por más legítimo que sea, puede prevalecer sobre otro. En el segundo, por su parte, la regla base es el de desigualdad, puesto que el interés público debe prevalecer sobre el privado⁴³.

Asimismo, como nuevo elemento del concepto, Jèze incorpora a la figura del servicio público las características de adaptabilidad y dinamismo⁴⁴, concepto que deriva de la idea de soberanía. Puede decirse que esta idea de modificación de las reglas de los servicios públicos es una nueva versión de esta y a su característica de

⁴²“Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público, equivale a afirmar que los agentes públicos para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.” (Jèze 1949, 4)

⁴³ “...para Jèze, servicio público es tanto como la posibilidad de utilizar el procedimiento de derecho público, esto es un régimen exorbitante del Derecho común, cuyo empleo se justifica en la supremacía del interés público sobre el privado”. De igual forma: “Par [sic] Jèze, los dos elementos esenciales del servicio público son, pues, el régimen jurídico exorbitante del derecho común y el poder de modificación de la organización del servicio público que no puede estar vinculado jurídicamente” (Chinchilla Marín 1988, 66)

⁴⁴ “Esta posibilidad de modificación, resulta de la obligación que incumbe a los agentes públicos de hacer funcionar lo mejor posible el servicio a su cargo.” (Jèze 1949, 7).

*inalienabilidad*⁴⁵, la idea de imposibilidad de compromiso jurídico tenía justificación, en la medida en que cada generación tiene el derecho de adecuar los servicios públicos a sus necesidades e ideales.

De esta forma, el término servicio público debe ser reservado, siempre, para aquellas actividades en las que deban ser implementadas las reglas de procedimiento del derecho público, como único elemento definidor de dicho concepto, siendo esta la forma en que nos define dicha actividad prestacional de la Administración⁴⁶. Asimismo, es la variación de las leyes lo que da lugar a las modificaciones en los elementos del servicio, adoptando un criterio eminentemente legal para definir dicha noción.

Para que un servicio brindado por la Administración sea calificado de público, es indispensable la utilización de estos procedimientos exorbitantes del derecho común⁴⁷, logrando con ello, reducir la tesis esbozada por León Duguit. Para Jèze, este servicio no es exclusivo del Estado, sino que también los particulares pueden satisfacer intereses generales. Para este autor, el uso de esas normas que exceden la órbita del derecho privado es la esencia misma del Servicio Público.

Con la introducción de estos nuevos elementos en el concepto de servicio público, Jèze reconoció que el contexto político era el que lograría determinar cuándo

⁴⁵“En otro tiempo se hablaba de la inalienabilidad de la soberanía. La soberanía – afirmábase – es inalienable, queriendo significarse, en realidad, que la facultad de modificar la organización de los servicios públicos no podía ser comprometida jurídicamente.” (Jèze 1949, 8).

⁴⁶ “Será deseable que la expresión servicio público se reservase para los casos en que, para satisfacer determinada necesidad de interés general, los agentes públicos puedan recurrir, para los procedimientos de derecho público, a reglas que están fuera de la órbita del derecho privado. Para los casos de satisfacción de una necesidad de interés general por parte de los agentes públicos, siguiendo exclusivamente los procedimientos del derecho privado, se podría emplear las palabras gestión administrativa o cualquier otra expresión.” (Jèze 1949, 9-10).

⁴⁷ “En resumen, el servicio público es un procedimiento técnico – y no el único – con el que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que, en determinado caso, existe servicio público, significa que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos del derecho público, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a un régimen jurídico especial: este régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las necesidades del interés general, y, en consecuencia, legal y reglamentaria.” (Jèze 1949, 18).

una actividad debería ser exclusiva de la Administración y cuando en ella podría incorporarse la colaboración de particulares. Pues bien, este contexto político sólo podía, para el autor, ser expresado mediante la normativa pública.

Tal es la determinación de Gastón Jèze de otorgarle prioridad a la normativa pública, que introduce como elemento definidor, la decisión política⁴⁸. En este sentido, sigue fundamentalmente un criterio legal o voluntarista para la identificación de una actividad como servicio público siendo necesario determinar si esa ha sido la voluntad de los gobernantes, la cual “*no se reconoce por una característica particular sino por un conjunto de indicios*” (Jèze 1949, 24) *que deberán ser apreciados por los tribunales*⁴⁹.

En todo caso, indica que si bien es la intención del gobernante la que permite reconocer la existencia del servicio público en sentido estricto, pueden existir otra serie de indicios que permitan llegar a dicha conclusión, tales como: el establecimiento de cargas especiales destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio, la organización del poder de percibir impuestos o tasas, para asegurar el funcionamiento del servicio; o la creación de un monopolio de explotación.

En cuanto a su origen, Jèze indicó que puede haber servicio público cuando la satisfacción de una necesidad de interés general se obtiene por la actividad de individuos que no han sido designados por la Administración; el servicio público, propiamente dicho puede existir aunque la necesidad de interés general la satisfaga un

⁴⁸ “Se habla única y exclusivamente de servicios públicos cuando las autoridades de un país, en determinada época, deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del servicio público. La intensión de los gobernantes es lo único que debe considerarse.” (Jèze 1949, 19).

⁴⁹ Entre ellos se puede citar el establecimiento de cargas especiales destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público, la percepción de impuestos para tales fines (siendo este el indicio más seguro), la creación de un monopolio de explotación así como el origen, es decir, la iniciativa en la creación del servicio.

concesionario o un arrendatario. Para el autor, es mediante indicios que se reconoce la existencia de un servicio público.

De igual forma, concluye el autor que el procedimiento del servicio público, tal como fue expuesto en su tesis no es utilizado siempre en la misma forma para justificar la actividad administrativa en pos de solucionar una necesidad. De esta forma, son los cambios sociales, ideológicos y políticos, los que componen el contenido del procedimiento del servicio público (o de la normativa pública), de esta forma, incorpora el concepto de mutabilidad a los servicios públicos.

c. Maurice Hauriou y la crítica a la Escuela de Servicio Público

Como respuesta a las tesis de la Escuela de Burdeos, el autor Maurice Hauriou planteó una serie de críticas que terminarán por sustituir lo que hasta entonces era conocida como la noción de servicio público. De ahí que, si bien se le atribuye a León Duguit los primeros pasos de dicho concepto, también debe reconocerse en Maurice Hauriou uno de los principales impulsores de la noción servicio público.⁵⁰

Para Hauriou, existe en las tesis expuestas por Jèze y Duguit una imprecisión jurídica que cae en el absurdo de eliminarle importancia al poder público, que como se verificará posteriormente en su análisis, se encuentra presente en el centro mismo de sus definiciones de servicio público.

En cuanto a la tesis de Jèze, indica que al reconocer, necesariamente, el procedimiento de derecho público como primer elemento de su definición, se reduce,

⁵⁰ "Simplificando la evolución doctrinal y jurisprudencial seguida desde la sistematización llevada a cabo en la sentencia Blanco entre actos de autoridad y actos de gestión, una de las claves evolutivas la aportará el decano de Toulouse, HAURIU, al acuñar la noción de «gestión administrativa» -integrada por actos de gestión-, que consiste en la ejecución de servicios públicos, distinta de una mera gestión patrimonial «ad usum privatorum» y que implicaría «de manera necesaria una colaboración entre la Administración y el medio administrable»." (Fernández García 2003, 78)

pues, a un cierto empleo del poder público (Hauriou 1976, 119). En este elemento, se encuentra, según el decano de Toulouse, una laguna en el análisis, puesto que no solamente los servicios públicos que están asegurados por el ejercicio de esos poderes comporta el uso de un procedimiento ejecutivo que también constituye una considerable prerrogativa de poder público, de la que olvida hablar Jèze.

Continuando con su crítica, para Hauriou, en la tesis de Jèze se constata un error en la utilización de la terminología que, a fin de cuentas, lo lleva a confundirlo en su planteamiento. Según señalaba dicho autor, “...*la idea, extraída de la doctrina de la soberanía de que el poder de modificar la organización de los servicios públicos no puede hallarse jurídicamente vinculado se justifica racionalmente y esas modificaciones continúan produciéndose bajo la acción de poder legislativo y del poder reglamentario; el poder reglamentario, al ser una potestad administrativa, es también una manifestación del poder público.*” (Hauriou 1976, 120)

Es así como el autor indica que la base de la tesis de Jèze, en el fondo, manifiesta la importancia del poder público, aunque trate de esconderla. Por su parte, al analizar la tesis esbozada por Duguit retoma esta crítica e indica: “*Esta fórmula, más escueta, contiene también el reconocimiento de que ‘el servicio público es una actividad que no puede ser completamente realizada, sino con la intervención del poder’*” (Hauriou 1976, 120)

Aunado a lo anterior, y finalizando su análisis, indicó que, en lo que respecta a la Escuela de servicio público, “...*esta recoge todos los mecanismos jurídicos montados por la doctrina clásica con el motor del poder de voluntad, los transpone y después suprime el motor afirmando que los mecanismos seguirán funcionando por la sola*

virtud del fin social o de la norma jurídica que expresa ese fin. La utopía es exactamente la misma que la de los sistemas socialistas y comunistas que, habiendo heredado los mecanismos productivos montados por el sistema capitalista con el motor del interés individual, se imaginan que seguirán haciéndolos funcionar con el mismo rendimiento suprimiendo ese motor y sustituyéndolo por la acción de servicio de la sociedad...” (Hauriou 1976, 121-122)

A diferencia de estos autores, para Hauriou la Administración Pública, en el ejercicio de sus actividades, es poseedora de derechos, tanto de naturaleza privada como pública⁵¹, determinando la existencia de una doble personalidad de las unidades administrativas. La primera le permite el disfrute de derechos privados, mientras que la segunda le confiere el disfrute de derechos de poder, como el de policía⁵².

Y es en el ejercicio de estos derechos que al Estado se le confieren potestades de derecho privado o de poder público. La importancia de esta tesis es que, con Hauriou, vuelve a dársele importancia al *puissance publique*⁵³ que había sido despreciado, e incluso eliminado, por los teóricos de la *École de Bourdeaux*. Es por tal motivo que autores como Sendín García (2003) reconocen a Hauriou como un teórico

⁵¹ “Por consiguiente, es necesario hablar de derecho de dominio público, del derecho del impuesto, del derecho de expropiación, de los derechos de policía, como se habla del derecho de dominio privado, y clasificar en el grupo de las reglas de fondo todo lo que se ha convenido llamar materias administrativas. Y lo que hay aquí importante es que, al estar delegada la soberanía, el ejercicio de los derechos de poder está confiado a mandatarios y entra dentro del ámbito de la administración, mientras que los derechos de poder de los particulares no pueden siempre ser ejercidos por mandatarios. Este desenvolvimiento de la personalidad jurídica en materia administrativa, esta tanto más justificado cuanto que todas las reformas políticas realizadas en este siglo bajo el nombre de descentralización han tenido por resultado el abrir paso progresivamente a esta personalidad.” (Hauriou 1976, 27)

⁵² “Hay pues que dar un paso adelante: es necesario reconocer que la personalidad jurídica de que están dotadas las unidades administrativas no se limita al disfrute de derechos privados, sino que va más allá, y que, mediante una extensión natural, puede comprender derechos administrativos exorbitantes del derecho común; o, si se prefiere esta otra forma de expresarse, hay que proclamar que las unidades administrativas tienen una doble personalidad: la de persona privada que le permite el disfrute de los derechos privados y la de poder público que le confiere el disfrute de derechos de poder, entre los que se hallan los derechos de policía” (Hauriou 1976, 26)

⁵³ “Son dos las nociones principales del régimen administrativo francés. El servicio público es la obra a realizar por la Administración Pública, el poder público es el medio de realización.” (Hauriou 1976, 117)

dualista, puesto que en su tesis le da igual relevancia al servicio público y al poder público⁵⁴, afirmando, además, su complementariedad.

Para Hauriou, el poder público se refleja mediante las acciones de policía pura del Estado y los servicios públicos con la gestión administrativa, ejecutada en razón de procurar la satisfacción de necesidades de la sociedad. Por tanto, las prerrogativas propias del poder público se establecen para que este realice la gestión administrativa.

Esta noción de gestión administrativa se da en el marco de la división entre actos de gestión y de autoridad ya comentada, y la definición de los alcances del contencioso anulatorio y de plena jurisdicción. La define como *“una cooperación, una colaboración; en suma, como una asociación sui generis establecida entre la Administración y el administrado con motivo del servicio público”* (Hauriou 1976, 183)

En términos de la doctrina administrativa contemporánea, con este concepto, Hauriou pretendía explicar las relaciones jurídico-administrativas que vinculan al administrado con la Administración. *“Así pues, en la gestión administrativa, la administración y el administrado no están asociados mediante un contrato (salvo en las hipótesis de gestión formalmente contractual); lo están por el orden legal, por el conjunto de todas las situaciones de estado sobre las cuales reposa el funcionamiento de los servicios públicos.”* (Hauriou 1976, 188)

Precisamente, en la obra que lleva por título “La Gestión Administrativa” del año 1900, plantea el interrogante de si esta situación de gestión está regida por el derecho

⁵⁴ Manifiesta Sendín García que los errores de las tesis expuestas por Duguit y Jèze se deben a su carácter monista, es decir, que centran su atención únicamente al concepto de servicio público dejando de lado e incluso restándole importancia al concepto de poder público. Es así como Hauriou establece una tesis dualista, en la que si bien reconoce la importancia de los servicios públicos, las funciones del Estado no pueden limitarse a éstos, sino que deben desempeñarse junto al poder público. (Sendín García 2003, 42)

público o privado, decantándose por el primero, y por ende, en favor de su conocimiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, por contraposición a los bienes fiscales.

La gestión administrativa forma parte de la competencia administrativa, en la medida en que la conforman actos de ejecución de los servicios públicos. Asimismo, esto implica que se encuentra regida por el derecho administrativo, y en ese tanto, sometidos a un régimen exorbitante del derecho común.

Adicionalmente, el servicio público y el poder público se encuentran en una relación de doble implicación, en la medida en que el segundo permite a la Administración desarrollar al primero, el cual constituye una forma específica en que puede actuar el poder público administrativo. En sus palabras, acuñadas en el prefacio de la undécima edición (1927) de su *Précis de Droit Administratif et de Droit Public Général*: “*El servicio público es la obra a realizar por la administración pública, el poder público es el medio de realización*” (Hauriou 1976, 117).

El servicio público supondría, también el ejercicio del poder público⁵⁵, y como acción administrativa, se encontraría sujeta al control de la jurisdicción administrativa. Bajo este esquema, propone Hauriou una noción de servicio público más restringida, en la que se procura una limitación al ejercicio de la actividad estatal; su tesis es en esencia liberal, sin embargo, lo matiza al establecer que esta ideología asume diversas formas dependiendo de los obstáculos que se levanten ante la misma.

Sobre este punto, manifiesta que, en un tiempo, ser liberal suponía favorecer la expansión del Estado, porque los peligros de opresión provenían de fuerzas sociales

⁵⁵ “Son dos las nociones principales del régimen administrativo francés. El servicio público es la obra a realizar por la administración pública, el poder público es el medio de realización.” (Hauriou 1976, 36)

antagónicas; es por ello que, con base en la forma de Estado imperante en ese momento, ya se percibía un crecimiento excesivo de aquél⁵⁶. Asimismo, al derecho público, por ser el medio de acción del Estado, le interesan únicamente los derechos regalianos y cualesquiera otros ejercitados por la voluntad gubernamental (Hauriou 1976, 117).

Pues bien, conforme se ha señalado, para Hauriou no puede dejarse de lado en el análisis del Estado y de sus funciones, el estudio del poder público y del servicio público, sin que uno u otro adquiriera mayor relevancia en su tesis, puesto que considera a ambos como esenciales en el desarrollo de la actividad administrativa.

Es para el decano de Toulouse de mayor envergadura analizar el fenómeno de la actividad estatal como el proceso de autolimitación del poder público en beneficio de la colectividad⁵⁷.

Asimismo, manifiesta el autor que la autolimitación del poder posee un medio de objetivarse que le es propio, y que es la organización, transformada, gradualmente, en institución, entendida dicha organización administrativa como la organización del poder administrativo y la de los servicios. Reconoce Hauriou que la alta administración, es decir, el conjunto de las autoridades y de las jurisdicciones administrativas, constituyen una organización del poder. Es en el seno de esta organización donde el poder

⁵⁶ "...el punto de equilibrio parece haber sido rebasado: las fuerzas sociales antagonistas se han debilitado demasiado, el Estado se ha hinchado en exceso y es él quien amenaza con oprimir la libertad; se es liberal luchando por limitar al Estado [...] El Estado es la organización racional del gobierno político. Asegurarle todo este dominio, pero también encerrarle en él, tal es el verdadero objeto de una doctrina del Derecho público." (Hauriou 1976, 36)

⁵⁷ "Aún reservando al poder público un papel principal en Derecho administrativo, hay que reconocer que el servicio público, si bien en un segundo plano, juega todavía un papel importante. Es la idea del servicio la que entraña la autolimitación objetiva del poder público. Que la idea de servicio haya sustituido a la de dominación en las preocupaciones del poder no es un resultado despreciable. Este progreso es obra de la lenta difusión de una idea, pero lo que es preciso entender bien es que el poder se ha doblegado por sí mismo, empleando medios objetivos de autolimitación. Es él quien se ha organizado en atención al servicio, tomando múltiples precauciones para someterse a una disciplina mediante la jerarquía, mediante la tutela de las administraciones locales, mediante toda la gama de las reclamaciones administrativas abiertas a los administrados y, finalmente, mediante la institución de una jurisdicción administrativa que forma todavía parte de él." (Hauriou 1976, 122)

ejecutivo se ha instituido y donde el poder público se ha sometido, progresivamente, a la idea de servir en lugar de dominar. Y la virtud de una organización instituida es que, automáticamente, registra toda voluntad de promover el servicio y que, por motivos de organización, crea un obstáculo jurídico a los cambios de voluntad del poder que no fueran en interés del servicio (Hauriou 1976, 123).

Hauriou define el servicio público como toda la obra que realiza el Estado, identificándolo con la noción de gestión administrativa. Al decir de Rojas Arbeláez, lo define como *“un servicio prestado al público por una colectividad pública”* (Rojas Arbelaez 1972, 164).

A manera de síntesis, se puede indicar que *“En la tarea de formular la noción de servicio público, Hauriou encabeza una tercera corriente –indudablemente la más amplia y que más ha perdurado- que lo considera como una parte de la actividad de la administración pública, al definirlo como ‘un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública’ (...) He aquí una nueva definición: Se puede definir el servicio público como una organización pública de poderes, de competencias y de costumbres que asume la función de entregar al público de una manera regular y continúa, un servicio determinado dentro de un pensamiento de policía, elevado al significado de sentencia”* (Fernández García 2003, 78)

D) Conformación y Crisis del Concepto del Service Public

Hasta este punto, el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado francés, así como la influencia tanto de Hauriou como de Duguit llevaron a que el concepto de

service public constituyera un aspecto central dentro del Derecho Administrativo. Se convirtió en un elemento necesario para entender al Estado mismo.

El primero le otorgó precisión académica y una mayor claridad en cuanto a sus elementos constitutivos y su correspondencia con la teoría general del derecho; el segundo lo impregnó de un aspecto sociológico en la nota de solidaridad que caracterizó su obra.⁵⁸

Esto llevó a que, en la lógica del sistema de control judicial de país galo, el servicio público se erigiera como el principal factor para determinar el deslinde competencial entre la jurisdicción común y la administrativa para conocer de aquellas cuestiones en que participa la Administración Pública.

En términos generales, el actuar administrativo se identificó con la noción de servicio público. De la mano de Hauriou y su planteamiento sobre la gestión administrativa, la jurisprudencia francesa se decantó en favor de que los servicios públicos, su organización y funcionamiento, forman parte del derecho público⁵⁹.

En la concepción clásica del service public, ante la existencia de necesidades esenciales para la colectividad, el Estado debe asumirlas bajo un régimen exorbitante del derecho común, o en los términos de Jeze, sometiéndolo a un procedimiento de derecho público. Empero, como explica Malaret I García (1998), este “asumir” no debe

⁵⁸ “No cabe, sin embargo, exagerar el carácter social de la obra de Duguit caracterizándolo como un pensador socialista. Pues su obra se inscribe más bien en el intento de adecuar el intervencionismo estatal a la realidad social existente. Lo que conduce a la ampliación progresiva de las funciones estatales, y sobre todo a la afirmación de una obligación positiva del Poder público, que está vinculado necesariamente a asegurar el correcto funcionamiento de aquellas actividades que en un determinado momento y en una concreta sociedad son básicas para la vida social, esto es, los servicios públicos, pero sin quebrantar la protección de los derechos y libertades individuales.” (Sendín García 2003, 52)

⁵⁹ “[...] la satisfacción de las necesidades de interés general se identifica con el servicio público, y éste con el régimen especial administrativo y con su fiscalización judicial. De esta manera, el servicio público se convierte en un concepto sinónimo de la actividad administrativa, definiéndose consecuentemente el Derecho administrativo como el Derecho de los servicios públicos” (Fernández García 2003, 82-83)

ser interpretado como una publicación o como una titularidad estatal que implique una exclusión de los particulares de su prestación.

En la medida en que se trata de un criterio que ha servido como delimitador de la competencia del juez contencioso, al decirse que es “asumida” por la Administración lo que se quiere significar es que esta prestación le es típica, sin que por esto se rechace el que se pueda desarrollar en concurrencia con los particulares⁶⁰. Esto implica que constituye uno de los cometidos encargados al Estado. Es en este sentido que debe ser entendido el señalamiento conforme al cual, el servicio público es propio al Estado, y en ese tanto y como derivación, forma parte integral de las actividades administrativas (de la gestión administrativa, según la terminología de Hauriou). La conducta administrativa es servicio público, pero no implica que la actividad, como tal, lo sea en un todo, sino únicamente aquella realizada por el Estado.

Ahora bien, la vigencia de este concepto clásico fue rápidamente puesta en entredicho a partir de las sucesivas crisis a que se vio expuesta, las cuales se analizarán a continuación.

a. Crisis de la noción del servicio público a la francesa

El autor francés F. Moderne (2006) identifica las primeras crisis por las que pasó el concepto de servicio público, o más preciso aún, en las que se cuestionaron los

⁶⁰ “[...] no puede en ningún momento olvidarse que cuando se indica que una actividad es propia de la Administración, lo que se quiere señalar es la característica, que es típica pero en ningún momento se infiere el uso de la expresión propia, que la misma sea propiedad y en consecuencia esté vetada a otros sujetos, o que estos requieran la habilitación de la Administración Pública para actuar en dicho ámbito”. (Malaret I García 1998, 57) Esto quiere decir que una actividad (enseñanza, salud) puede darse en libre concurrencia, pero únicamente aquella realizada por el Estado, o delegada por este en un particular, será servicio público, en atención al criterio subjetivo del concepto (designación por parte de los gobernantes). La iniciativa privada en esa misma actividad, aunque materialmente sea idéntica, no será considerada servicio público salvo que le sea encomendada por la Administración.

distintos elementos de la definición previamente indicada. La primera de ella consiste en la aparición de los servicios industriales y comerciales a cargo del Estado pero sometidas al derecho privado, la segunda el reconocimiento de servicios públicos gestionados por personas privadas y finalmente la categoría de los servicios virtuales o impropios, los cuales suponen actividades de interés general, ejercidas por particulares pero sometidas a reglas exorbitantes del derecho común.

A las anteriores, se puede añadir el surgimiento de las empresas públicas.

b. Los Servicios Industriales y Comerciales. Intervención administrativa bajo un régimen de derecho privado.

El primer factor generador de crisis para la noción de servicio público fue la prestación de una serie de actuaciones prestacionales por parte del Estado que se encontraban sujetas a un régimen de derecho privado, lo cual implicaría la contradicción de uno de los elementos constitutivos de la noción de servicio público; surgiendo así, servicios públicos cuyas características respondían, íntegramente, a “fórmulas privatistas” (Rebollo 1983, 2510).

A raíz de lo anterior, se explica, claramente, la denominación otorgada a estas actividades: servicios públicos industriales y comerciales.

El reconocimiento de esta categoría en la jurisprudencia francesa es ubicado, con cierto grado de unanimidad en la doctrina, en el arrêt Bac d'Eloka⁶¹, en el cual se reconoce la posibilidad del Estado de brindar determinadas actividades sin el uso de prerrogativas derivadas del poder público, es decir, que la prestación es realizada por éste tal y como si fuera un particular (Sendín García 2003, 58).

⁶¹ La referencia completa del fallo jurisprudencial francés es Société Commerciale de l'ouest africain.

El cuadro fáctico de este fallo refiere a un servicio de transporte, el cual se encontraba organizado como una empresa privada, lo cual dio lugar a que el Tribunal de Conflictos declarara competente a la jurisdicción común para conocer del reclamo indemnizatorio establecido por la Société Commerciale de l'Ouest Africain⁶².

En relación con este fallo, el Comisario de gobierno Matter hace la distinción entre los servicios públicos administrativos y otros de naturaleza comercial e industrial. Los primeros, por su propia naturaleza, responden a la esencia misma del Estado, y en consecuencia, la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos es la administrativa, mientras que los segundos lo serían de la jurisdicción común, en la medida en que a pesar de su naturaleza privada, son asumidos por el Estado respondiendo a un interés general, y que lo hace porque ningún particular se hace cargo de ellos.

Para mayor claridad, resulta sumamente ilustrativa la explicación y cita que sobre este punto ofrece la autora Fernández García, quien refiriéndose a la posición de Matter indica: *“Este jurista establecía en el seno de los servicios públicos una distinción. Algunos de ellos, los servicios públicos administrativos (SPA), como la justicia, la enseñanza, la policía, el fisco, etc, «sont de l'essence meme de l'Etat ou de l'administration publique; il est nécessaire que le principe de la séparation en garantisse le plein exercice, et leur contentieux sera de la compétence administrative».* Otros servicios públicos, los de naturaleza industrial y comercial [agua, gas,

⁶² El fallo del Tribunal de Conflictos indica, en lo que interesa: “Considérant, d'une part, que le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public ; d'autre part, qu'en effectuant, moyennant rémunération, les opérations de passage des piétons et des voitures d'une rive à l'autre de la lagune, la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ; que, par suite, en l'absence d'un texte spécial attribuant compétence à la juridiction administrative, il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des conséquences dommageables de l'accident invoqué, que celui-ci ait eu pour cause, suivant les prétentions de la Société de l'Ouest africain, une faute commise dans l'exploitation ou un mauvais entretien du bac.”

electricidad, transportes, etc. (los llamados SPIC)], «sont de la nature privée et, ils ´sont entrepris par l’Etat, ce n’est qu’occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s’en est chargé, et qu’il importe de les assurer dans un intérêt général; les contestations que soulève leur exploitation relèvent naturellement de la juridiction du droit commun». Unos, por tanto, los SPA, se someten a un régimen dominante de Derecho público, otros, los SPIC, a un régimen dominante de Derecho Privado, con las consecuencias jurisdiccionales que ello implica.” (Fernández García 2003, 85-86)

Los posteriores fallos de la jurisprudencia francesa reafirmaron la posibilidad de que el Estado actuara, ya sea mediante el uso de prerrogativas o bien, como una persona privada, doctrina cuyos antecedentes algunos autores los ubican incluso con anterioridad de la resolución de comentario⁶³.

Tal y como se adelantó, los distintos factores que contribuyeron a la crisis de la noción clásica de servicio público lo hicieron, precisamente, por cuanto vinieron a contradecir los elementos conceptuales sobre los cuales se construyó la misma. En el caso de los servicios industriales y comerciales, al tratarse de una actividad brindada en un régimen de derecho privado, la aplicación del régimen exorbitante de Derecho público deja de ser un criterio definidor de dicha noción. Se desvincula el servicio público del derecho público, y en consecuencia, del control jurisdiccional (Moderne 2006).

⁶³ “Con el tiempo se discutirá incluso el sentido de la propia decisión del Bac d’Eloka. En tal sentido se pronunció MESCHERIAKOFF, que considera que hay que desmitificar esta decisión, que no pretendió realmente crear un bloque de servicios públicos sujetos a gestión privada (los servicios públicos industriales y comerciales). Surgiendo esta categoría tan sólo como fruto de la actividad de la doctrina. Según su interpretación esta resolución no añade un ápice a lo que ya había establecido en el arrêt Terrier, esto es, la posibilidad de que la Administración opte por gestionar un servicio público en un régimen de derecho público o de derecho privado.” (Sendín García 2003, 59)

El surgimiento de esta categoría de actividad administrativa supone una ruptura de la “*equivalencia perfecta entre poder público servicio público y Administración pública que había establecido el arrê Blanco*” (Sendín García 2003, 58), y por ende, en estricta contradicción con la tesis defendida por la Escuela de Burdeos.

El reconocimiento de la posibilidad de que la Administración pueda brindar un servicio público en régimen de derecho público o de derecho privado conlleva, de manera implícita, a discutir acerca del carácter material o formal de la noción.

De esta manera, los servicios industriales y comerciales suponen una vocación a ser brindados dentro de la capacidad de actuar privada que ostenta el Estado, por lo que se limitaría el ejercicio de potestades públicas y, por el contrario, en el caso de los servicios públicos administrativos, la gestión de estos implica la sujeción a un régimen exorbitante de Derecho público.

La distinción entre los servicios públicos industriales y comerciales, y aquellos administrativos pone de relieve, de manera implícita, un intento de desligar una noción material de servicio público en la que sea aplicable el régimen exorbitante de Derecho público, en donde aquellas actividades que deban ser estructuradas bajo el régimen del derecho privado constituirían un límite a los segundos⁶⁴.

c. Servicios públicos gestionados por personas privadas

⁶⁴ “Por su parte, la actividad de estos de modo similar a la de los particulares en muchos aspectos hizo revalorizar la concepción de gestión privada y pública de la Administración y su consecuente utilidad en la distinción jurisdiccional a partir de estos conceptos. Lo que en su fundamento teórico, con abierto contenido material, quiso la escuela de los servicios públicos pasó a ser predicable solamente de los servicios públicos administrativos, y esta interpretación no gozaba de un convencimiento teórico por haber identificado previamente a los “servicios públicos” (en general) con la razón de ser del derecho administrativo e inclusive del Estado.” (Montaña Plata 2002, 147)

En un segundo momento, se dicta el fallo Montpeurt en el cual, el Consejo de Estado fijó su competencia para conocer de un conflicto contra el Comité de Organización de la Industria del Vidrio, el cual era de naturaleza corporativa.

En dicha resolución, se consideró que si bien no se trataba de un establecimiento público, cumplía una misión de servicio público, la cual se caracterizaba por ejercerse bajo un concepto de autoridad.

Este reconocimiento lleva a separar de la noción del servicio público el criterio orgánico, esto es, una equiparación entre este y la participación de un órgano administrativo. Recuérdesse que en la concepción tradicional, servicio público y actuar administrativo estaban íntimamente ligados, al punto que uno era una característica definitoria del otro y viceversa, es decir, eran una misma cosa.

No obstante, existen autores, como lo indica Sendín García, que consideran que esta lectura no es correcta, y que por el contrario, el arrêt Montpeurt no supone una ruptura de estos conceptos, y que por el contrario, se amplía la noción de persona pública para incluir aquellas que, aunque no sean establecimientos públicos, realicen misiones de servicio público.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que constituye una primera quiebra en la forma original en que se entendió el servicio público como aquel ligado indefectiblemente al actuar administrativo y que además lo definía y le daba su razón de ser.

d. La figura del servicio virtual

Otro acontecimiento que implicó la crisis de la noción fue el surgimiento de lo que se denominó “servicio virtual”. En relación con este, baste decir que el ejercicio de

una actividad de interés general y el régimen de autorización da lugar a que los particulares que realizan estas actividades se encuentren sujetos a una serie de obligaciones propias del servicio público, al tiempo de que contarían con una serie de privilegios. Dicho de otra forma, la concurrencia de ambos supuestos implica la existencia de un servicio de esta naturaleza.

El régimen de autorización permitiría a la Administración regular aspectos propios del funcionamiento de la actividad (Sendín García 2003, 67), y por ende, de las empresas, sin que se puedan identificar los elementos definitorios de la noción de servicio público. Precisamente, este tipo de actividades estaban sometidas, no a un régimen jurídico privado sino a uno exorbitante del derecho común, tal y como se encontraban los servicios prestados por la Administración.

Se asiste al surgimiento de una noción funcional del servicio público, según la cual, ya no era necesario que este fuera desarrollado por la Administración ni el régimen jurídico de derecho público para afirmar la existencia de servicio público. Se pierde, además, el criterio subjetivo, es decir, la sujeción de esta figura a la voluntad de los gobernantes para su creación.

Como consecuencia de lo anterior, el régimen de derecho público aplicable, así como el criterio orgánico dejan de ser elementos intrínsecos a la noción de servicio público, contradiciendo entonces los postulados de la noción tradicional defendida por la doctrina clásica.

Hasta este punto, la crisis de la noción de servicio público puede resumirse, tal y como lo hace la autora Fernández García, al uso de la Administración de formular privadas para la gestionar los servicios públicos⁶⁵

Al margen de las críticas que se hicieron contra esta figura, dado que trastocaba la noción misma del Derecho Administrativo, sin aportar contornos claros que permitieran establecer con precisión y claridad la definición del servicio público, lo cierto es que esta respondía a la realidad, sin que el concepto tradicional aportara una mejor definición. De allí que se intentara reelaborar el instituto, aunque sin mayor éxito. Usualmente, al explicar el servicio público, se recurría a la remisión hacia una actividad que satisface el interés general, pero sin que se lograra encontrar un criterio fundamentador del derecho administrativo.

En este punto, resulta esencial reiterar algo ya enunciado pero que en este contexto permite una mejor comprensión de la crisis. En el ordenamiento francés, el servicio público no constituía tanto una forma de actuación de la Administración, sino que todo el Derecho Administrativo era el derecho de los servicios públicos, es decir, la noción objeto de análisis estaba vinculada con la razón de ser del Estado. De allí que admitir la existencia de servicios públicos desarrollados por sujetos del derecho privado, con cierta autonomía (limitada únicamente por la intervención del Estado) afectaba la esencia misma del derecho administrativo de una forma que resulta difícil

⁶⁵ "Se pone de relieve que la Administración puede acudir a fórmulas jurídico-privadas para gestionar servicios públicos, que éstos pueden llevarse a cabo no por la Administración, sino por empresas sometidas al Derecho privado y, en fin, que pueden existir actividades gestionadas por entidades públicas que no son servicios públicos. Todo ello desborda la noción de servicio público con ejercicio de poderes exorbitantes. Por ello, ya no se puede caracterizar al Derecho administrativo como el Derecho que regula la gestión de los servicios públicos y cuyos conflictos se someten al juez administrativo, en cuanto habrá servicios públicos regidos por el Derecho privado. Todo el tema de la actividad industrial y mercantil aparece necesitado de una nueva explicación sistemática." (Fernández García 2003, 89)

de comprender en forma plena dado que el desarrollo histórico del derecho costarricense siguió otros derroteros.

e. Surgimiento de la empresa pública.

Otro fenómeno que no puede obviarse es el de la creación de las empresas públicas, fenómeno que pretendió aplicar un régimen de derecho privado a ciertas entidades estatales a las cuales se les encomendó la realización de actividades empresariales, en procura de evitar las consecuencias de los principios propios del derecho administrativo en este ámbito⁶⁶.

Por empresa pública puede entenderse *“toda entidad (de Derecho Público o Privado) con personalidad jurídica independiente que sin ser, en sí misma, una Administración Pública, es controlada por la Administración y cuyo objeto consiste en prestar un servicio o producir bienes para el mercado.”* (Villar Ezcurra 1999, 170)⁶⁷ Son aquellas *“empresas organizadas y gestionadas por la Administración con las cuales actúa directamente en el mundo económico de la producción y de los servicios”* (García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo s.f., 414)⁶⁸

Por su parte, el autor costarricense Eduardo Ortiz, expone el concepto a partir de la noción general de empresa, entendida esta como una organización de personas y

⁶⁶ “... el fenómeno de las personificaciones instrumentales, en general, responde, entre otros motivos históricos, a la búsqueda de fórmulas menos rígidas de gestión que las que ofrecía el Derecho administrativo clásico: en definitiva, a la pretensión de “desadministrativizar” determinadas organizaciones, haciéndolas actuar, como las empresas privadas, con sujeción al Derecho privado y, por tanto, con una mayor nivel de agilidad y flexibilidad”. (Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General I 2005, 703)

⁶⁷ Continúa indicando el autor: “Será indiferente, por tanto, que la empresa una forma jurídica societaria o que se trate de un Ente público (siempre que ese Ente no tenga la consideración de Administración Pública). Igualmente, será indiferente que actúe en régimen de monopolio o en concurrencia con otras empresas así como que los servicios que ofrezca tengan la calificación de servicios públicos o no.”

⁶⁸ Agrega que este es un “fenómeno desconocido por el Derecho Administrativo clásico, que más bien sancionaba la incapacidad económica de la Administración y de sus organizaciones por la reserva expresa de dicho mundo a la sociedad.”

bienes para la producción de bienes y/o servicios. Así las cosas, utiliza una noción mucho más amplia, según la cual existe empresa pública siempre que exista una organización, como la descrita, que pertenezca al Estado⁶⁹.

En la sección anterior se abordó las consecuencias de dicho proceder en el concepto del servicio público, sin embargo, es importante destacar que de igual forma, tuvo consecuencias, si bien no necesariamente en forma inmediata, en la organización o personificación de entes u órganos estatales. En virtud de lo anterior, y como una antesala necesaria para el concepto de empresa pública, resulta conveniente dedicar algunas líneas a los entes estatales sometidos tanto al derecho público como al derecho privado.

Al someter los servicios empresariales (producción de bienes y servicios por parte de un ente público) a un régimen de derecho privado, se rompe uno de los principios sobre los cuales se había estructurado la teoría de la organización administrativa, según el cual, la personificación, sea pública o privada, determinaba el régimen jurídico aplicable⁷⁰.

⁶⁹ “La empresa pública existe en la medida en que la organización se da para obtener resultados consistentes en la prestación de servicios o en el suministro de cosas, a cambio de una contraprestación sea o no lucrativa. Si el Estado o un ente público es dueño de tal organización, hay empresa pública, aunque no haya lucro ni riesgo. Se trata de un concepto amplio de empresa, que comprende tanto el monopolio fiscal como la hacienda que compite con el mercado, tanto la entidad económica sometida a derecho público como a derecho privado, tanto la entidad interna proveedora de bienes o servicios al Estado como la proveedora frente al mercado.” (Ortiz Ortiz 1998, 370-371)

⁷⁰ “Tradicionalmente los entes públicos han adoptado –y esto era lo primero que la categoría significaba- formas públicas de personificación. Este concepto supone una exclusión de las formas privadas tipificadas en *numerus clausus* por el ordenamiento –sociedades civiles o mercantiles, fundaciones, asociaciones, mutualidades, cooperativas-, así como la determinación de su nacimiento y de su contenido organizatorio por una norma legal y no por un negocio jurídico privado, norma legal que contiene y da eficacia al estatuto del ente y que se integra como tal en el derecho objetivo (toda la organización de Derecho Público, aún la más casuística, referente a un ente o a un órgano singulares, forma parte del ordenamiento jurídico administrativo, como ha admitido la jurisprudencia contencioso-administrativa, por lo mismo que precisa las formas externas de manifestación de la Administración Pública y es presupuesto básico de la distribución y el ejercicio del sistema de competencias y poderes públicos). A la vez, un ente público así formado actuaba en un régimen de derecho público, no ya sólo en el aspecto interno de su organización, sino también en el plano externo de las relaciones con los demás sujetos de derecho, sometiéndose, consecuentemente, al orden jurisdiccional específico que constituyen los Tribunales contencioso-administrativos. Para la teoría clásica de los entes públicos esos dos postulados (forma pública de personificación,

Surgen de esta manera entes públicos en donde existe una dicotomía en cuanto al régimen jurídico, privado en cuanto a las relaciones mercantiles que desarrolla con terceros, y público en cuanto al ejercicio de potestades públicas, las cuales generaban una relación jurídico administrativa, caracterizada por la sujeción del particular a las competencias del ente.

De esta forma, la adopción de las decisiones administrativas en el ejercicio de potestades de imperio, se encontrarán sometidas, en forma plenaria, al régimen iuspublicista aplicable a cualquier ente que forma parte de la Administración Pública. El ámbito de actuación sujeta al derecho privado se limita, entonces, a la actividad relacionada con el giro mercantil, y las relaciones que surgen entre los contratantes de los bienes y servicios producidos.

Como corolario de este proceso, surge el concepto de empresa pública, el cual contribuyó a la crisis de la noción del servicio público en un estadio muy posterior, pero no por eso menos importante.

Dicho concepto surgió como una excepción al principio de que los entes y órganos que integraban la Administración Pública adoptaban formas públicas de personificación, lo que supone una “distorsión”⁷¹ —en palabras de García de Enterría— respecto de los elementos sobre los cuales se construyó el Derecho Administrativo, la cual es llevada un paso más allá, con la adopción de estructuras organizativas propias del sector privado para desarrollar determinadas actividades por parte del Estado.

sometimiento a un régimen plenario jurídico público) eran apodícticos y en sí sólo concretaban toda la significación práctica de dicha teoría”. (García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo s.f., 414)

⁷¹ “Pero esa distorsión ha encontrado manifestaciones más aparatosas: la Administración crea hoy con normalidad entes institucionales bajo formas privadas de personificación (especialmente bajo la forma de sociedades anónimas), y a la vez no tiene empacho en disponer la actuación sistemática bajo un régimen de Derecho Privado de un ente que se ha personificado en virtud de una forma jurídico-pública.” (García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo s.f., 414)

Esta concepción prescinde, como elemento caracterizador de la empresa pública, el que los servicios prestados sean dirigidos hacia terceros, e incluye dentro de la noción aquellos entes que le brindan servicios a lo interno de la organización estatal.

Como ya se adelantó, la doctrina mayoritaria⁷² afirma que la principal característica de la empresa pública es que la actividad desplegada, de producción de bienes y servicios, se regule por el derecho privado, con la particularidad de que se limita la aplicación del derecho público a la relación existente entre la empresa y la Administración Pública a la que se encuentra vinculada.

Con lo anterior no se pretende hacer un desarrollo extenso del concepto en cuestión, sino brindar algunos elementos que permitan una mejor comprensión del proceso mediante el cual la actividad prestacional de la Administración fue extraída del ámbito de aplicación del derecho público⁷³, con las consecuencias que esto conlleva en la teoría general del servicio público francés; al tiempo que se pretende ilustrar el régimen jurídico propio de estas “empresas”, a la luz de la doctrina general.

E) Reelaboración del Concepto de Servicio Público luego de la crisis

⁷² “Garrido Falla combate insistentemente la idea de que el régimen jurídico de la actividad tenga que ser privado para que haya empresa pública, enfrentándose con ello a otra parte de la doctrina (MARTIN RETORTILLO). Hay autores (VILLAR PALASI) que opinan que, a la inversa, ese régimen debe ser público, lo que también combate GARRIDO. De este modo el enfoque puede ser triple: la empresa puede existir tanto con régimen de derecho privado, como con un régimen de derecho público y aún con una combinación de ambos.

Es posible, repetimos, una visión amplia que abarque el triple enfoque referido, con la desventaja de no construir una categoría o institución jurídica unitaria, dada la diversidad de regímenes que el concepto comprende. Es innegable que ese enfoque amplio es posible pero es igualmente cierto que resulta más útil el enfoque restringido y excluyente que acepta dentro del concepto de empresa pública únicamente la entidad cuya actividad externa esté regida por el derecho mercantil común, tenga o no forma de sociedad comercial. Ese régimen es el contenido en Costa Rica por el C de C.” (Ortiz Ortiz 1998, 374)

⁷³ En Costa Rica, existen diversos ejemplos en que el legislador ha recurrido a estos esquemas, como por ejemplo el caso de los bancos comerciales del Estado

Después de que los principales caracteres del servicio público, uno a uno, fueron entrando en crisis, dado el rol esencial que tiene el concepto en el ordenamiento galo, se realizaron diversos intentos por revivirlo, aunque también se encuentran propuestas en el sentido de que carece de utilidad.

Estas modificaciones, originadas en buena medida en un cambio en la concepción del Estado y su relación con los particulares⁷⁴, obligaron a un replanteamiento del tema. Con la finalidad de revitalizar el concepto, se enfatizó el criterio subjetivo, esto es, la determinación del legislador para la creación de un servicio público, cuya identificación se puede realizar a partir de una serie de indicios, entre ellos, la asignación de prerrogativas de índole administrativo.

Se abandona de esta manera un criterio material de servicio público, esto es, que una actividad deba ser calificada como tal por sus características intrínsecas, sino que dependerá de las valoraciones que en cada momento realicen los detentadores del poder público. Claro está, una concepción de esta naturaleza se vuelve absolutamente relativa.

⁷⁴ "Todo el tema de la actividad industrial y mercantil aparece a la vista necesitado de una nueva explicación sistemática. Es el final de toda una época. Pero cuando digo que se trata del final de una época no me refiero sólo al final de una etapa en los intentos sistemáticos de explicación de un fenómeno jurídico. Es algo más, y, sin duda, más trascendente. Es el final pero paradójicamente también el inicio de lo que DUGUIT había previsto ya a principios de siglo. En la medida en que el Derecho responde a la realidad, en la medida en que el Derecho administrativo está incluido y apegado más que ningún otro a la realidad no podía sino reflejar esos cambios. Y es que la realidad había cambiado. Era el pórtico de nuestro tiempo. Un tiempo en el que las conquistas políticas del liberalismo se intentan conciliar con la superación del liberalismo económico. El Estado social de Derecho adquiere carta de naturaleza en 1949. Tres años después, Jean Rivero veía el problema con enorme lucidez. Digámoslo con sus propias palabras. Para las democracias occidentales la cuestión a la que hay que dar una solución «es la coexistencia de un orden económico profundamente distinto del liberalismo, y de un orden político que pretende permanecerle fiel. Conciliar la concepción política que fija como límite a la acción del poder los derechos de la persona, con el abandono de la línea divisoria que el liberalismo económico había trazado entre las actividades reservadas al Estado, netamente definidas por su objeto y su método, y las de los particulares, tal es la directriz general por la que se explica la inigualable confusión del Derecho administrativo». Derecho civil y Derecho administrativo, desde ahora, ya no seguirán siendo del todo los mismo, hay una ruptura de sus ámbitos tradicionales, se ha producido lo que el propio RIVERO denominará una «estrecha interpenetración» en campos que hasta entonces habrían pertenecido sólo al Derecho público o sólo al Derecho Privado". (Rebollo 1983, 2511)

En todo caso, como indica Sendín García, en la actualidad son dos los requisitos que deben estar presentes para considerar que una actividad sea considerada servicio público, a saber, que esta procure o tienda a la satisfacción del interés general y que además exista una relación directa o indirecta con una Administración Pública, la cual se puede dar por la existencia de prerrogativas, haciendo eco de Hauriou, o bien, mediante otros indicios.

En este sentido, debe tomarse en cuenta la posición de André de Laubadère, quien sintetiza lo que hasta ese momento era conocido tanto por la jurisprudencia como por la doctrina como servicio público. Bajo esta línea define al servicio público como *“toda actividad de una colectividad pública que tenga por objeto satisfacer una necesidad de interés general...”* (de Laubadère 1984, 18)

Asimismo, afirma este autor que las diferentes colectividades públicas, bien sea el Estado o los municipios, realizan servicios públicos. En la definición de De Laubadère, el elemento central es la noción de interés general, por lo que el servicio público tiene como fin satisfacer una necesidad de interés general. El Estado erige una actividad como servicio público, en lugar de dejarla a la iniciativa privada, cuando cree que la necesidad pública a la cual corresponde esa actividad, no la podría satisfacer, o lo haría mal. La satisfacción de una necesidad de interés general es lo que justifica y anima el servicio público (de Laubadère 1984).

Es por ello que existe una distinción entre los servicios públicos y las actividades privadas de la administración, ya que este servicio público no siempre es prestado por un organismo público, en cuyo caso, dichos servicios son atendidos por particulares bajo el control de la administración (de Laubadère 1984, 20).

Posteriormente, esta noción ha sido nuevamente cuestionada pero ahora por una realidad externa al ordenamiento francés, cual es la influencia del derecho comunitario, y la confluencia de diversas tradiciones jurídicas en un proceso de integración, aspecto que será tratado en un apartado posterior.

Sección III.- La conformación del Servicio Público en España

Producto de la influencia que ejerce el derecho francés en España, se introduce en este país la noción del servicio público, pero con sus notas propias, ya que las tesis y discusiones doctrinarias que se desarrollaron tomaron un matiz sumamente diferente que en Francia, debido principalmente a que esta se circunscribió a elementos materiales del concepto, ya que la figura no definía un aspecto competencial de los órganos jurisdiccionales, como sí sucedía en el ordenamiento galo.

Aunado a lo anterior, dado que el desarrollo jurisprudencial no adquirió la importancia que tuvo en el país galo, se observa un abordaje en esencia doctrinario.

Ahora bien, previo a ingresar en el análisis de los principales autores que tuvieron protagonismo en la estructuración de la noción del servicio público en España, es importante dedicar algunas líneas sobre los servicios de asistencia y beneficencia.

A) El desarrollo de los servicios de beneficencia

Al igual que en Francia, la Iglesia Católica española abarcaba casi la totalidad de los servicios de beneficencia del país. No obstante, se encuentra entre ambas naciones

una diferencia sensible, puesto que, en esta última, el poder de la Iglesia tuvo un auge mayor, tanto en la cantidad de sus miembros como en el número de sus propiedades⁷⁵.

En términos generales, tanto la educación, la salud como la beneficencia venían siendo asumidas por la Iglesia. No obstante, se desarrolla un proceso destinado a reducir la actividad de la Iglesia que culmina con la expulsión de los jesuitas en 1767 y la confiscación y venta de sus bienes patrimoniales.

Con esto, se gesta un fenómeno similar al ocurrido en Francia (del que ya se hizo un análisis), en el que el poder público se vio en la necesidad de asumir estas actividades. De hecho, la Constitución Gaditana dispuso que la prestación de los servicios de beneficencia propiamente les correspondía a los ayuntamientos⁷⁶, de tal forma que se emula lo ocurrido en Francia. La sustitución por parte del poder público se da, ya sea por la asunción directa del servicio, o mediante su control y supervisión estricta. (Muñoz Machado 2004).

Se observa en este punto como se entrecruzan fenómenos históricos, tales como la eliminación de la hegemonía eclesiástica en las instituciones de beneficencia y caridad, y la influencia que la Revolución Francesa de 1789 ejerció en el continente

⁷⁵ “La Iglesia tenía en la mitad del siglo XVIII una posición en la sociedad española muy destacada, tanto por el número de sus miembros (no menor de ciento cincuenta mil eclesiásticos en España, el 1,5% de una población de 10.5 millones de habitantes, y unas tres mil casas religiosas, según LYNCH), como por su patrimonio. En Castilla poseía el 15% de la tierra y acumulaba el 24% de las rentas agrícolas totales. Obtenía el 70% de los beneficios de los préstamos hipotecarios y poseía el 44% de todas las propiedades urbanas y rentas señoriales (P. Vilar). Ello además de los importantes ingresos por los diezmos, y las cantidades que se percibían por la administración del bautismo, la celebración de funerales y misas.” (Muñoz Machado 2004, 727-728)

⁷⁶ “La prestación de la enseñanza se encomienda a los Ayuntamientos y ahí permanecerá hasta la Ley Pidal de 1845, posteriormente modificada por la Ley Moyano de 1857, en donde se sientan las bases de la enseñanza actual en base al siguiente reparto: -escuelas a cargo de los ayuntamientos para la enseñanza primaria. – Institutos a cargo de las Diputaciones Provinciales para la enseñanza secundaria. – Universidades a cargo del Estado para la enseñanza universitaria. La beneficencia, por su parte, nace y permanece anclada entre las competencias de los Ayuntamientos desde la Constitución Gaditana (ar. 321) que se desarrollará por la Ley de 23 de enero de 1822 (creando las Juntas Municipales de beneficencia) y más adelante, por la Ley General de Beneficencia de 20 de julio de 1849. De la beneficencia del siglo XIX se pasará, ya en el siglo XX, a la previsión social – desde la Ley de 30 de enero de 1900 sobre accidentes de trabajo- y posteriormente a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (1966).” (Villar Ezcurra 1999, 190)

europeo, derivando en una concepción de Estado encargado de la prestación de servicios esenciales en lugar de iniciativas de índole privado.

En lo que respecta a los servicios sanitarios, debe aclararse que tuvieron un trato distinto a los de beneficencia e incluso a los de educación⁷⁷. Este sistema no fue asumido por la Iglesia ni por instituciones privadas, sino que, desde su inicio en el Antiguo Régimen, le correspondió a la Administración Pública tanto la organización como las acciones conducentes a la protección de la salud, puesto que ello afectaba a la colectividad (Muñoz Machado 2004).

En este aspecto, si bien la secuencia histórica varía respecto de lo acontecido en Francia, el resultado en España es el mismo, es decir, el Estado asume una serie de tareas o actividades que eran percibidas como de interés para la generalidad de los ciudadanos, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

B) Desarrollo doctrinario de la noción de servicio público.

Como ya se adelantó, la noción de servicio público en España se configuró, principalmente, gracias a los aportes de los juristas de la época, quienes, inspirados en el desarrollo francés, procuraron adaptar el concepto a la realidad española, y al ordenamiento jurídico local⁷⁸.

Indica la jurista Carmen Chinchilla (Chinchilla Marín 1988), que en lo que respecta a la recepción española del concepto francés de servicio público, éste no

⁷⁷ “La razón de la diferencia es bastante obvia. Mientras la beneficencia y la educación se ocupa de ciudadanos particulares y de sus problemas, la sanidad pública aborda un servicio que afecta a la colectividad...” (Muñoz Machado 2004, 755)

⁷⁸ “Se puede decir que esta noción carece en nuestra tradición jurídica del carácter amplio y globalizador que tiene en el Derecho francés, de tal modo que no se ubica en ella el sustento sobre el que apoyar la totalidad del Derecho administrativo, y se la dota de un papel más modesto, es simplemente una de las formas o modos con los que la Administración desarrolla su actividad.” (Sendín García 2003, 87)

surgió como una noción doctrinalmente elaborada, sino como un conjunto de reglas especiales de Derecho Administrativo, puesto que no contaron con aportaciones jurisprudenciales ni doctrinales de la importancia de las que tuvieron lugar en Francia y que tan decisivas fueron para la formación y desarrollo del Derecho Administrativo en los países de la Europa continental. Hubo, por el contrario, una serie de normas jurídicas que, calificando determinadas actividades como servicios públicos, preveían para ellas un régimen jurídico peculiar, distinto al del derecho común⁷⁹.

La introducción de la noción de servicio público en España encontró suelo fértil gracias al desarrollo previo del concepto de la actividad de fomento, el cual, a la postre, derivó en la figura del servicio público, sin que ambas figuras hayan sido equiparadas.

Es así como el autor Villar Palasí manifestó en sus obras que es necesario comprender el fomento como un instrumento de dirección indirecta de la sociedad, diferente por ello a las normas de policía y las restrictivas. Dicho concepto, de acuerdo a lo indicado por este autor, pasará a primer término como sustitutivo de la situación directa, atacada fuerte e impetuosamente desde la exaltación de la libertad económica. La idea clave del despotismo ilustrado sería la de remover los estorbos a la prosperidad (J. Villar Palasí 1922, 149).

Continúa manifestando el autor que esta ideología pretendía conciliar dos figuras preponderantes de la época, establecer un sistema de gobierno paternal donde la autoridad del monarca sea siempre absoluta y a la vez ilustrada. Es pues a raíz de esta

⁷⁹ “Como ha puesto de manifiesto algún autor, al contrario de lo ocurrido en Francia, en nuestro país, el desarrollo del servicio público es obra fundamental de la legislación, más que de la jurisprudencia, razón que explica que tanto la elaboración doctrinal como la jurisprudencial se hayan centrado en aspectos o parcelas concretas sin que haya existido un concepto central –como en el caso francés– que haya presidido o dado coherencia a cada una de las perspectivas singulares.” (Fernández García 2003, 105)

ideología que los españoles consiguieron consolidar la figura del fomento⁸⁰ como un elemento esencial y a la vez original de su sistema administrativo. Inclusive, en la Constitución de Cádiz se ve reflejada dicha figura, llegando a identificarse con la protección de las libertades individuales.⁸¹

Esta figura del fomento comienza a concretarse y es asumida en la doctrina jurídica cuando se combina con la concepción de servicio público. Es el autor Juan Pedro Morell quien en su obra *Investigaciones filosófico-políticas sobre la naturaleza del fomento y su influencia en la prosperidad pública*, realiza por primera vez la asimilación de dichos términos.⁸²

Se tiene en la idea de fomento un elemento esencial en el estudio, incorporación y desarrollo de la figura del servicio público en España, sin embargo, debemos tener muy claro que dicha concepción fue y es considerada en forma menos rigurosa que en su país de origen (Francia).

Asimismo, se debe indicar que la asimilación de las ideas revolucionarias francesas fue un proceso pausado, de enorme injerencia en la determinación de la nueva forma de Estado y de las actividades encomendadas a este, entre ellas, la de servicio público.

⁸⁰ "El Fomento aparece así muy lejos de ser configurable como técnica administrativa, sino como justificador del actuar de la Administración como un tránsito secularizado de la Providencia, como una cristalización del afán que los ilustrados tenían por el progreso" (J. Villar Palasí 1922, 151)

⁸¹ Este autor transcribe el párrafo 75 del discurso preliminar de la Constitución de Cádiz, que indicaba: "La Comisión reconoce que nada es más difícil que destruir errores consagrados por el tiempo y la autoridad... El verdadero fomento consiste en proteger la libertad individual, en el ejercicio de las facultades físicas y morales de cada particular, según sus necesidades o indicaciones." (J. Villar Palasí 1922, 149)

⁸² "El advenimiento del servicio público como título general de justificación del actuar administrativo, que aparece también en Oliván, hacia fines de toda esta evolución, el Fomento pasa a ser una técnica más del derecho administrativo, cediendo el paso a la prepotente doctrina del servicio público, que experimentará, a su vez, el mismo proceso, pasando a ser desde sus comienzos, de título genérico de justificación, hasta, ya en los comienzos de nuestro siglo, una técnica jurídica precisa." (J. Villar Palasí 1922, 154)

Fue el autor Adolfo Posada quien introdujo las ideologías francesas en suelo español, entre ellas el concepto de servicio público. Es importante recalcar que dicho autor en su obra *“La nueva orientación del Derecho Político”* plantea el análisis del libro *“Las Transformaciones del Estado”* de León Duguit, explicando los cambios que se suscitan en el Estado a raíz de las ideologías revolucionarias.

Su mayor aporte fue el análisis y búsqueda de una nueva visión del Estado, que como garantizador de las necesidades colectivas, debe figurar como un ente activo, en razón de una revolución sociológica de esta figura⁸³. Es así como, a raíz de esta nueva conformación político-ideológica, la actividad de la administración se modifica, pasando a ser más intervencionista y, hasta cierto grado, garantista de las necesidades de la colectividad⁸⁴.

Una vez estudiados los primeros pasos del concepto de servicio público en España, se puede indicar que, posterior a esta fase introductoria, es posible diferenciar tres etapas del desarrollo de dicho concepto en la doctrina de este país: Un primer momento, en el que se pretendió acoger dicho concepto en forma idéntica a lo desarrollado en Francia; un segundo momento, en el cual dicha noción no debía considerarse más allá de una de las tantas formas en que la Administración Pública lleva a cabo sus funciones; y finalmente, la clasificación tripartita de la actividad administrativa.

⁸³ “Es un hecho esta renovación sociológica del Estado, en razón de la cual su masa, con el órgano igualador del sufragio —concebido de la manera democrática pura—, se transforma en una estructura compuesta y compleja, diferenciada, heterogénea pero más integrada...” (Posada 1921, 333)

⁸⁴ “...el Estado propende a buscar su cimiento en la conciencia del grupo social que lo sostiene y que constituye su razón; de estructura mecánica, de instrumento de poder, conviértese en expresión formal y flexible de las necesidades, aspiraciones e ideales de un grupo político, que se mantiene unido en cuanto es capaz de elaborar un espíritu común, activo y creador, y en cuanto puede y sabe producir el fluido ético, o sea la corriente impulsadora que ha de mover de dentro a fuera, eficazmente, las actividades jurídicas del Estado.” (Posada 1921, 364-365)

A continuación se hará un análisis de cada una de estas etapas:

a. Paridad entre la noción de servicio público francés y español.

Esta corriente doctrinaria, que pretendió una equivalencia entre el concepto en España y el francés, no tuvo más importancia que la del primer acercamiento por parte de los españoles a la noción de servicio público. Desde esta óptica, dado que se trata de un instituto de creación francesa, su incorporación al ordenamiento jurídico español debía hacerse en iguales condiciones.

Esta tesis fue seguida, primordialmente, por dos autores: R. Fernández de Velasco y F. Albi. Indica el autor Sendín García (Sendín García 2003, 88) que el primero de estos autores defiende que la noción de servicio público tiene que ser la base de la actividad del Estado, tanto en el sentido de límite de la misma, como en el de título generador de obligaciones, produciendo, por lo tanto, un sistema de recursos que garantice ambos aspectos; es decir, que todo el derecho público puede reconducirse a esta noción. En virtud de lo anterior, toda la actividad del Estado se reconduce a funciones determinadas que se ejecutan por órganos especiales, constituyendo lo que se llaman servicios públicos.

Al justificarse el Estado por sus fines, y al traducirse estos en hechos reales mediante la prestación de servicios públicos, y por ser el Estado una abstracción, la cual, por ende, requiere actuar a través de personas individuales, son aquellos –los fines- el límite jurídico, máximo y mínimo del Estado. Consecuentemente, los gobernantes se encuentran sometidos a ellos, estando vinculados por la obligación de activarlos (Sendín García 2003, 88).

Fernández de Velazco propone una noción amplia de servicio público, que sigue la tesis impulsada por León Duguit, misma que es seguida por F. Albi quien considera que “...es servicio público toda actividad jurídicamente regulada por la Administración y enderezada a satisfacer una necesidad general” (Sendín García 2003, 88-89). Así, toda actividad tendente a la realización de una necesidad de interés general y que queda bajo el control de los poderes públicos, es servicio público.

Sin embargo, esta tendencia de la doctrina no duró mucho tiempo, puesto que se vieron en la tarea de buscar y desarrollar una concepción propia, debido a que no era posible absorber, totalmente, la noción francesa, en la medida en que la realidad jurídica no se asimilaba a las condiciones de los galos.

b. La concepción restringida de servicio público.

Partiendo de la imposibilidad de realizar una importación del concepto sin modificar sus elementos, se generó en la doctrina española diversas reacciones, en los que se consideró necesario matizar dicho concepto a su propia realidad y darle un uso más restringido que el que se le dio en su país de origen. Debe recordarse que, a diferencia de Francia, la determinación de la competencia jurisdiccional o el contenido del Derecho Administrativo en España no dependían de las concepciones jurídicas que la jurisprudencia desarrollase, y entre ellas la de servicio público.

Como exponentes de este criterio tenemos a los autores C. García Oviedo, J. Gascón y Marín y S. Álvarez Gendín, entre otros.

Para el autor García Oviedo, el servicio público es el eje sobre que gravita el derecho administrativo de la época, sin embargo, niega que toda actividad del Estado constituya servicio público. Para él, toda prestación es servicio y toda actividad del

Estado que sea ejecutada para el cumplimiento de sus fines sería un servicio público, de tal forma que al comprender dicha situación, y sólo de esta manera, se puede afirmar que la función administrativa y el servicio público son una misma cosa, y que, el servicio público es el objeto único y suficiente del derecho administrativo (Sendín García 2003, 89).

Con esta concepción, dicho autor se aparta de la noción amplia francesa, introduciendo a su definición un elemento orgánico, en el cual, servicio público es concebido como un conjunto de elementos sistemáticamente dispuestos para un fin.

Por su parte, J. Gascón y Marín se aparta de la idea de que toda actividad encaminada al cumplimiento de un interés general debe ser servicio público, modulando el alcance de dicho concepto, puesto que hay normas jurídicas que se inspiran en el interés general sin que organicen o definan el funcionamiento de un servicio público.

En su tesis, este autor defiende un concepto de servicio público que gira alrededor de cuatro notas: *“que tenga por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública; que esté organizado de modo regular y continuo; que esté dotado de un régimen jurídico especial y; finalmente, que sea prestado por una organización pública o intervenido por una autoridad pública”* (Sendín García 2003, 89)

Quizá de todos los elementos considerados por este autor, el del régimen jurídico especial es el que toma mayor relevancia. Es así como, en su opinión, se requiere de este régimen para determinar la naturaleza peculiar del procedimiento público de realización del servicio; no basta que la Administración satisfaga la necesidad pública, sino que es preciso que lo haga usando prerrogativas de derecho

público, en procura de garantizar la satisfacción del interés general; de ahí que sea nota dominante la posibilidad de modificar, en todo momento, la organización del servicio público (Gascón y Marín 1949, 230).

Por su parte, el autor S. Álvarez Gendín señala que la Administración no tiene como único fin el prestar servicios públicos, sino que limita también las actividades de los particulares en beneficio del interés general. De esta forma, las reglas administrativas han de referirse, principalmente, a funciones administrativas, los cuales no se restringen a los servicios públicos. Es así como este autor define el servicio público como *“una coordinación, o conjunto de actividades jurídico-administrativas, financieras y técnicas que organizan el Estado o las Corporaciones autárquicas, por pertenecer a su iniciativa, encaminadas a satisfacer económicamente necesidades públicas, de una manera regular y continua”* (Sendín García 2003, 89)

c. La clasificación tripartita de la actividad administrativa.

Con el autor Jordana de Pozas, la consideración española del servicio público toma un rumbo propio, más allá de aceptar o no la tesis francesa; dicho autor expone la clasificación tripartita de la actividad administrativa del Estado, que es seguida luego por la doctrina española, según la cual se debe distinguir entre *“actividad de policía, entendida como ‘medio de mantener el orden público, ampliamente entendido, mediante la limitación de las actividades privadas, y de reestablecerlo por la fuerza, una vez perturbado’; fomento, como la ‘acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades particulares mediante las cuales se satisfacen necesidades o conveniencias de carácter general’ y; servicio público, como ‘una modalidad de la acción administrativa que consiste en satisfacer la necesidad pública de que se trate de*

una manera directa, por órganos de la propia administración creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los particulares” (Sendín García 2003, 95)

Podemos afirmar que es en este punto en el que la doctrina española se aparta de la francesa, para darle a la noción de servicio público un tratamiento particular. En torno a esta clasificación tripartita de la actividad de la Administración surgieron críticas y discusiones que generaron la consolidación de un servicio público que, a diferencia de Francia, no se consideraba como elemento justificador del Derecho Público o delimitador de la competencia de la Jurisdicción Contenciosa.

Se le debe a este autor, no sólo el establecimiento de una nueva forma de organización de la actividad administrativa, sino el análisis de lo que hasta ese momento se había tratado en forma esporádica y poco concreta: el reconocimiento de una nueva forma de Estado y que, en lo que respecta a sus funciones, las mismas evolucionan conforme lo hace la ideología política que guía el devenir histórico de la nación.

Jordana de Pozas apuesta por el ser humano y por su libertad. Para este autor, tanto el Estado como la Administración se deben al hombre y no a la inversa, motivo por el cual es necesaria una clara limitación de la actuación administrativa. Justifica en estos ideales individualistas la determinación de su tesis tripartita, puesto que solo bajo este criterio definitorio se comprende y delimitan las actividades estatales.⁸⁵

⁸⁵ “De acuerdo con la idea expresada de que nuestro Estado se basa en el orden individualista y de que, por lo tanto, la opinión pública exige la justificación de toda intervención administrativa y la proporcionalidad de su intensidad con la insuficiencia de la iniciativa privada o social, hace tiempo que vengo estudiando lo referente a los modos de la actividad administrativa ordenados, en una escala progresiva que, partiendo de la simple emanación de normas, pasa por la policía y el fomento hasta llegar al servicio público monopolizado. Los medios empleados deben ser aquellos que consigan el fin perseguido en el momento adecuado, pero con el grado mínimo de coacción” (Jordana de Pozas 1951, 27)

Es así como esta concepción tripartita de la actividad administrativa se consagra en la reducción de esta actividad a técnicas, formas y modos de actuación que permiten reconocer, en un sentido amplio, la consolidación de un concepto de servicio público propio de la doctrina española, alejado del viejo concepto francés delimitador de la jurisdicción contenciosa⁸⁶.

Contemporáneo a este autor encontramos a S. Royo Villanova, quien desarrolla en su tesis la relación directa que debe existir entre la política y la administración. Señala que estos son dos elementos que no deben deslindarse, siendo esta ordenación política la que, efectivamente, se mantiene para satisfacer los intereses de la colectividad.⁸⁷

Para el autor, la política debe tomarse como la forma de determinación de la actividad de la Administración, la cual se manifiesta mediante las leyes, que actúan como medio limitador y programador de las actividades estatales.⁸⁸ Bajo esta tesitura, es comprensible que el Estado se interese por el fomento físico, intelectual, moral y material del pueblo, puesto que de esta forma aumentará su propia fuerza y vitalidad,

⁸⁶ "...se puede observar como el concepto de policía encuentra su carácter definidor en el empleo de la coacción; el servicio público en la satisfacción directa por órganos de la propia Administración y; el fomento, aunque lo perfila de forma negativa, como la acción que no implica ni el empleo de la coacción ni la creación de servicios públicos, se caracteriza por el empleo de la estimulación. Aquí reside el sentido de esta clasificación tripartita, que no es otro que la reducción de la actividad administrativa a técnicas, a un conjunto de formas y modos de actuación, como consecuencia de la imposibilidad de determinar los fines o necesidades que la Administración debe cumplir." (Sendín García 2003, 95-96)

⁸⁷ "La Administración no puede desvincularse de la Política. Aunque se quiera concebir a la Administración como una función ejecutiva de la ley, ha habido que reconocer que para la Administración, a diferencia de la Justicia, la aplicación de la Ley es sólo un medio, un límite de la función administrativa; su fin es la satisfacción directa e inmediata de las necesidades del Estado, como unidad en sí mismo, o del pueblo, esto es, satisfacer los intereses colectivos comprendidos entre los fines del Estado. Por eso algunos han dicho que la Administración, al desarrollar su actividad, ocupa una posición parecida a la de los particulares que realizan actos jurídicos para satisfacer sus necesidades." (Royo Villanova 1953, 11-12)

⁸⁸ "...existe una relación entre la Administración y la Política, en cuanto que la forma de Estado (autocrática o democrática) repercute en la organización administrativa" (Royo Villanova 1953, 14)

pero ante todo se debe a razones de justicia social las que han llevado al Estado a intervenir en el plano de lo social y de lo económico.⁸⁹

En definitiva, la propuesta de la separación tripartita de la actividad administrativa implica, para el desarrollo del concepto del servicio público, que se da una disociación del mismo con dicho concepto del fundamento del derecho administrativo.

De esta forma, las actividades que se consideran servicios públicos pasan a constituir una forma particular de actuación de la Administración Pública que, al igual que las restantes, cuenta con un régimen jurídico particular, de acuerdo a sus características.

d. La discusión de los años cincuenta. Villar Palasí y Garrido Falla.

La tesis esbozada por Jordana de Pozas generó una enorme disputa entre dos juristas españoles, Villar Palasí y Garrido Falla⁹⁰. Ambos impulsaban una nueva visión de lo que hasta ese momento era considerado como servicio público, en donde la

⁸⁹ "...la Administración es el instrumento ejecutivo de la Política. Toda determinación política necesita el adecuado mecanismo administrativo para llevarla a cabo. Si el Estado asume la responsabilidad de prestar cada vez- más servicios y de asegurar el bienestar general, deberá estar perfectamente equipado para su tarea. Una vez decidida la intervención del Estado en un aspecto de la vida social, aquélla puede adoptar diversas formas: regular la actividad de los particulares, imponiendo las limitaciones y restricciones que impidan el daño a ciertos intereses públicos; estimular la actividad de los particulares con la ayuda y auxilios que fomentan la consecución de ciertos fines públicos; la sustitución por el Estado de la actividad privada, encargándose aquel de realizar ciertos servicios." (Royo Villanova 1953, 19)

⁹⁰ En lo que respecta a las actividades de servicio público ejercidas por el Estado, es posible señalar: "... con la aparición de estas actividades se suscitó la polémica de si debería ampliarse el concepto de servicio público hasta incluir en él dichas actuaciones, o si por el contrario, éstas revestían otra naturaleza aunque sus finalidades fueran también de carácter público (no tenían como objetivo ganar dinero, ni proporcionarse bienes o servicios a sí mismo, como había sido finalidad tradicional de las viejas actividades productivas del Estado: tapices, cerámicas, y otras fabricaciones ornamentales que las Casas Reales habían promovido en otros tiempos). Se habló entonces de un «servicio público industrial o económico» que se gestionaba utilizando las formas y cauces de Derecho privado. En España ésta fue una polémica entre VILLAR PALASÍ, que defendió la necesidad de acuñar una nueva categoría jurídica que denominó «gestión económica» y GARRIDO FALLA que postulaba sencillamente la extensión del concepto de servicio público «industrial». Debe observarse, sin embargo, que aunque en uno y otro caso se persiguen fines públicos, éstos son de una especie muy diferente. En la gestión económica no hay una finalidad de servicio al público,..." (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004, 546)

discusión dio inicio al análisis de los nuevos servicios de carácter económico e industrial ejercidos por el Estado y que, posteriormente, derivó en la crisis del servicio público ya analizada con ocasión del desarrollo de la noción en el ordenamiento francés y que puede ser trasladada (*mutatis mutandi*) al país ibérico.

Entre los elementos esenciales del servicio público tradicional que discutían ambos autores se encontraba la delimitación de su carácter monopolístico⁹¹. En lo que respecta a Villar Palasí, para ser considerado como tal, el servicio público debe contener, en esencia, ese carácter.

Sin embargo, para el autor Garrillo Falla ello no es indispensable, puesto que podía ser ejecutado por los particulares, sin que, necesariamente, existiese concesión por parte de la Administración para la ejecución de dichos servicios. Ejemplariza su posición con los servicios médicos y educacionales, sobre los cuales no existía mayor limitación más que la supervisión estatal en razón de la importancia para la generalidad y no necesariamente por la existencia de una titularidad estatal.

Es por ello que para Villar Palasí, la concepción hasta ese momento dado del concepto de servicio público⁹² era insuficiente en razón de las condiciones actuales; de

⁹¹ "...para VILLAR PALASÍ, «la noción de servicio público estricto» tenía «una clara vocación al monopolio». Consideraba que, declarada determinada actividad como servicio público, la titularidad de esa actividad, en bloque, quedaba referida a la Administración, con la consecuencia de que en lo sucesivo se trataba de una actividad vedada a los particulares, que sólo podrían realizarla en el caso de que obtuvieran una concesión administrativa, precisamente por ser la Administración la titular del servicio público. De esta consideración se derivaba que si determinada actividad podía ser realizada libremente (sin concesión) por el particular, entonces esa misma actividad realizada por la Administración tampoco era ni podía ser servicio público. De acuerdo con esta tesis, los servicios sociales, asistenciales, sanitarios, educativos o culturales, no podrían ser calificados, técnicamente, como «servicios públicos», aun cuando en un sentido vulgar, no jurídico, se les llame así. Por el contrario, GARRIDO FALLA entendía que «el carácter monopolístico del servicio público lo es sólo en determinados servicios, pero no es nota general ni esencial al servicio público». Por influencia de la doctrina italiana, entendía que *per se*, *ex propria natura*, no había razón suficiente para afirmar que el carácter monopolístico era esencial al concepto de servicio público, tesis que posteriormente sería revisada hasta considerar la titularidad pública como nota inherente a la definición.» (Fernández García 2003, 110)

⁹² "Con el acrecentamiento de las funciones estatales surgió la noción del servicio público, desligada de las anteriores, como aquella actividad administrativa de prestación positiva, a través de un servicio técnico, regular y continuo, realizado para y frente al público por organización pública nomine propio o por delegación. De este modo

esta forma, la consideración del servicio público como piedra angular del Derecho Administrativo y toda su actividad deja de tener relevancia⁹³. Por el contrario, al asumir el Estado otras actividades se genera una transformación en dicha concepción puesto que, lo que tradicionalmente había sido considerado servicio público, no era más que la gestión de actividades inmateriales, quedando por fuera los nuevos servicios que satisfacen necesidades materiales de bienes⁹⁴, proponiendo por ello una nueva categoría a la ya desarrollada tesis tripartita de Jordana de Pozas, insistiendo en que debe incorporarse a ella la *gestión administrativa*, entendida como aquella categoría de actividades administrativas en las que se cubran las necesidades materiales de bienes emprendidas por el Estado.

Es en este momento en el cual Villar Palasí fundamenta su posición con la idea de monopolio. Bajo esta concepción, sólo en la realización de un servicio público, propiamente designado como tal, la Administración mantiene sobre él la titularidad de la actividad, y por ende la ejecución y el control de la prestación, al punto que le corresponde, exclusivamente, su ejecución; caso distinto con los servicios de tipo

cualquier aspecto activo de la Administración quedaba estructurado, como facetas de la misma, en su parte de policía, su actuación de fomento y su gestión directa o indirecta del servicio público." (J. Villar Palasí 1950, 60)

⁹³"El carácter incompleto del servicio público y su obvia inadecuación para comprender el nuevo fenómeno, se manifiesta en la estructura general de la Administración, alcanzando a las instituciones administrativas tradicionales basadas en esencia sobre el principio general informador del servicio público. En efecto, el servicio público se concibe como piedra angular del Derecho Administrativo clásico y fundamento de todas las teorías especiales del mismo: obras públicas, expropiación, dominio público, concesión administrativa" (J. Villar Palasí 1950, 62)

⁹⁴"Este fecundo principio ha quedado empero desbordado por la actual expansión de la actividad administrativa. En su sentido originario el concepto del servicio público sólo puede comprender la prestación de bienes inmateriales, de servicios propiamente dichos, excluyendo así la satisfacción de necesidades materiales de bienes. No puede por ello comprender aquellas actividades nuevas de la Administración dirigidas a la producción de bienes económicos materiales, planteándose en consecuencia el dilema de, o bien extender—degenerándolo—el concepto de servicio público, con lo cual podría intentarse dejar incólume el basamento del Derecho Administrativo tradicional, o bien replantear los conceptos, en busca ya de categoría superior, ya de categoría distinta pareja a la tradicional" (J. Villar Palasí 1950, 63)

económico, en los que impera la actividad privada y que son ejercidos, incluso, en forma paralela con la actividad administrativa.⁹⁵

Por su parte, para el autor Garrido Falla, si bien la actuación de la administración se concreta en prestaciones, ellas no comprenden actividades exclusivas del Estado, y esta consideración de que sea efectuado o no por el Estado no prejuzga el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa⁹⁶. Al momento de analizar la tesis esbozada por Jordana de Pozas, reconoce la existencia de una actividad de prestación por parte del Estado dirigida a proporcionar utilidad a los particulares, que viene impuesta por razones de interés público, siendo la cuestión a debatir la determinación de cuándo dicho interés existe; sin embargo, reconoce que esta discusión es más política que jurídica (Garrido Falla 2006, 345-346).

Para finalizar debemos indicar que la discusión suscitada por Garrido Falla y Villar Palasí encuentra solución a favor de este último en la Constitución Española de 1978⁹⁷ con la incorporación del numeral 128. En dicho artículo se reconoce como

⁹⁵ "El procedimiento de derecho público, con ejercicio de poderes exorbitantes, es consubstancial de otra parte con la idea del servicio público. Estos dos caracteres de exclusividad regalística y procedimiento de imperio no se dan normalmente en la actividad productora de la Administración, por lo cual no parece posible su calificación como servicio público." (J. Villar Palasí 1950, 64-65)

⁹⁶ "El concepto de servicio público que hemos admitido tiene unas características propias que se resumen en las siguientes notas: 1.^a Viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la Administración a través de una organización montada por razones de interés público. 2. ^a No comprende las explotaciones que conserva el Estado en sus manos única y exclusivamente por motivos fiscales. 3. ^a No prejuzga el carácter público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa." (Garrido Falla 2006, 346)

⁹⁷ "A pesar de lo que acabamos de decir, lo que sí hizo la Constitución y, en concreto, el artículo 128.2, fue saldar la vieja polémica —a la que nos hemos referido— que mantuvieron los años cincuenta GARRIDO FALLA Y VILLAR PALASÍ sobre el concepto de servicio público, polémica que se centraba básicamente en torno a la exclusividad regalística de la actividad." (Fernández García 2003, 113)

actividad de la Administración la actividad económica, donde mediante la ley se reservarán los recursos necesarios para su ejecución.⁹⁸

Conviene en este punto reiterar la distinción entre este concepto de titularidad estatal y la noción francesa de que el servicio público es una actividad propia del Estado, lo que, como ya se explicó, no debe ser confundido con una publicación.

Esta discusión de los años cincuenta fue la que dio pie al surgimiento de la primera crisis del concepto de servicio público en España, que al igual que en Francia, se dio con el surgimiento de los servicios económicos e industriales y que poco a poco se convirtieron en la mayoría de las actividades del Estado.

Así, si bien la doctrina española inició adoptando la figura hermana acuñada en el país vecino, en su evolución varió su comprensión, al incluir –aunque no en forma unánime ni pacífica- la titularidad estatal como un elemento constitutivo de la definición, que como ya se mencionó cuando se analizó el desarrollo francés, este no era un criterio definitorio. Dado que esta es una particularidad que ha sido trasladada a nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se dará cuenta en la presente investigación, conviene referirse en forma más detallada a ella⁹⁹.

⁹⁸ “Artículo 128.- 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.” Constitución Política Española del año 1978, artículo 128 inciso 2.

⁹⁹ “Los servicios públicos, que siempre son de titularidad pública y, por consiguiente, deben ser brindados por un ente público o sus órganos, pueden ser gestionados por éstos de forma directa o indirecta. La gestión directa de un servicio público se produce cuando el ente público y sus órganos cuentan con suficientes recursos o medios humanos, financieros, presupuestarios, materiales y tecnológicos para prestárselo a la colectividad inmediata y directamente, sin ningún tipo de intermediación, organizándolo y desplegando el giro que requiera o demande para satisfacer las necesidades públicas. En ocasiones, los entes públicos y sus órganos, a pesar de ser los titulares de un servicio público, no tienen la capacidad de gestión y de inversión suficiente para brindarlo, sea por carencias de orden presupuestario o limitaciones de recursos y medios, en tales situaciones, se puede recurrir al contrato administrativo de prestación de servicios o a la concesión de servicio público para que sea un particular quien lo preste.” (Voto 2005-05895 de la Sala Constitucional.)

C) La Titularidad Estatal como fenómeno que identifica al Servicio Público en España

Como se mencionó, si bien a nivel doctrinal se dio una fuerte discusión sobre el punto, la Constitución Española de 1978 estableció una posible reserva en favor del Estado de recursos o servicios esenciales. A partir de esta norma, se afirma que una nota distintiva del servicio público –en el modelo español- es la titularidad estatal.

La tesis mayoritaria expone que esta implica que el Estado asume la actividad y por ende, el derecho al ejercicio de la misma le pertenece en forma exclusiva, manteniendo la posibilidad de optar por encomendarla a sujetos particulares bajo figuras específicas como la concesión.

Intrínsecamente ligado a la titularidad estatal de la actividad se encuentra el concepto de la *publicatio*, mecanismo mediante el cual se reserva el ejercicio de la actividad al Estado –ya sea mediante gestión directa o indirecta-. En España, la utilización del término fue consagrada por Villar Palasí (Fernández García 2003, 132) y consiste en la forma mediante la cual se instrumentaliza la atribución al Estado de una actividad, que de otra forma sería considerada como privada, con la consecuente exclusión de la iniciativa privada. Se trata de un acto normativo específico que otorga una afectación especial a la actividad sometida a la *publicatio*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ "(...) El acto de declaración de una actividad o sector como "público", como servicio público, es lo que Villar ha llamado *publicatio*, acto de *publicatio*, y significa que queda incorporada al quehacer del Estado y excluida de la esfera de actuación de los particulares sin previa concesión. Concesión que tendrá, pues, un carácter traslativo, en el sentido de que supone la transferencia a aquéllos de unas facultades o poderes de actuación que antes no tenían. La titularidad de la actividad o función en que el servicio público consiste, corresponde primariamente al Estado, a la Administración, una vez que se ha producido su *publicatio*. Esta, naturalmente, sólo puede llevarse a cabo por ley formal(...)" (Ariño Ortiz, Economía y Estado 1993, 92)

Así, las actividades que constituyen servicio público son objeto de “publicatio”, es decir, se da su publicación en virtud de la cual el Estado la asume como propia¹⁰¹, excluyéndolas, como consecuencia, del ámbito privado. Dicho en otros términos, es sustraída del comercio de los particulares, los cuales ven cercenada la posibilidad de ejercerla en el marco de una iniciativa privada, sin un título habilitante otorgado por una Administración Pública.

Obsérvese que en todo momento se ha indicado que la publicatio se refiere a una actividad, ya que una de las marcas distintivas de este acto es, precisamente, su carácter genérico. Esto implica que recae sobre una prestación o sector económico determinado –valga la reiteración, sobre una actividad- y no respecto de una empresa o grupo de empresas, ya que de lo contrario, nos encontraríamos frente a una expropiación forzosa. Lo que se publica no es la actividad específica que realiza una empresa, sino la prestación como tal, con independencia del o los sujetos que la desarrollen en forma actual o potencial.

Por ello, se considera como una consecuencia directa de dicho acto la constitución de un monopolio¹⁰² de iure. Lo anterior se da por cuanto esta titularidad exclusiva implica, desde el punto de vista material, la existencia de un único oferente de dicho servicio, el Estado, lo que no se desvirtúa por el hecho de que este decida brindarlo a través de particulares, siendo esta una gestión indirecta.

¹⁰¹ Propia entendida bajo el concepto de titularidad, no en el sentido mencionado con ocasión del esquema francés.

¹⁰² Para una mejor comprensión de este punto, debe tenerse presente que un monopolio consiste en una situación en donde, para un determinado bien o servicio, existe un único oferente de este servicio al mercado. Desde el punto de vista económico se afirma que, además, no debe existir a disposición del mercado un bien o servicio sustituto.

Esta acción trae como consecuencia, lógica e inevitable, el impedir el libre acceso al mercado por parte de los particulares que puedan estar interesados en la prestación del servicio.

Incluso en el caso en que el servicio sea desarrollado por los particulares que resulten concesionarios del servicio, es preciso afirmar la existencia de un monopolio de iure, toda vez que es el Estado (único oferente), el que determinará la cantidad de gestores indirectos que admitirá, a través de los procedimientos que fije la legislación.

De esta manera, aún en este supuesto, no se puede afirmar la existencia de un derecho preexistente para la prestación del servicio en cuestión, ya que se requiere un acto concesional mediante el cual el Estado transfiera, temporalmente, la gestión de la actividad del cual es el titular. Por ello no se encuentra sujeto a autorización, en la medida en que esta sería incompatible con esta noción de servicio público.

Si bien esta ha sido la posición dominante en buena parte de la doctrina ibérica, e incluso a nivel latinoamericano, es importante hacer notar que su aceptación dista de ser unánime, siendo que cada vez más autores plantean importantes cuestionamientos, en particular a raíz del proceso de liberalización que vivió dicha nación.

Así, Sendín García (Sendín García 2003), analizando el estado de la cuestión, frente a los defensores de la anterior tesis (García de Enterría, García-Trevijano Fos y García Llovet) expone que junto con los primeros receptores del concepto (de los cuales ya se hizo referencia en la presente investigación), se puede identificar un primer grupo que ha expuesto acerca de actividades que siendo servicio público, admiten la concurrencia de sujetos privados, dentro de los cuales se encuentran Gimeno Feliu, Guaita, Garrido Falla, Serrano Triana y de la Cuétara.

Un segundo grupo estaría conformado por quienes flexibilizan el tema del monopolio de iure sin prescindir de él, dentro de los cuales incluye a Villar Ezcurra y a Ariño Ortiz.

Para el primero (Villar Ezcurra 1999, 199), al hablar de la publicatio, se debe reconocer la existencia de escalas o gradas. Así, identifica la “publicatio intensa”, en donde la Administración se reserva tanto la titularidad como el ejercicio de la actividad, la “publicatio media”, caracterizada por aquellos supuestos en donde si bien la titularidad sigue siendo pública pero gestionada en forma indirecta y finalmente, la “publicatio mínima”, en donde únicamente se reserva parte de la actividad, tratándose de servicios compartidos como los sociales¹⁰³. Aclara que los procesos de liberalización *“no traerá consigo la desaparición de la publicatio sino la alteración a la baja de su escala”*¹⁰⁴ (Villar Ezcurra 1999, 212).

Incluso, este autor indica que esta noción es sustituida por la de regulación, como técnica propia de la actividad de policía en virtud del principio de intercambiabilidad de técnicas de intervención¹⁰⁵.

¹⁰³ Servicios como educación o prestaciones sociales como la seguridad social.

¹⁰⁴ Señala que la escala propuesta quedaría de la siguiente manera: “Publicatio intensa: Se eliminará como nivel y se sustituirá por la ausencia de publicatio en las actividades antes encuadradas aquí. Las telecomunicaciones son el ejemplo más claro de esta nueva orientación cuya finalidad última consiste en eliminar los monopolios de gestión. / Publicatio media: La incidencia de la liberalización es mucho menor que en el escalón anterior y afecta de forma muy dispar a las actividades encuadradas en el bloque de suministros. / Publicatio mínima: La liberalización apenas afecta a las actividades incluidas en este nivel como son las encuadradas en el bloque de los transportes (a excepción del ferrocarril). / En todo caso, la publicatio subsiste y la novedad se traduce en la eliminación del nivel intenso que se sustituye por un contexto de economía de mercado sin que con ello se elimine el concepto de servicio público. Este concepto subsistirá bajo la forma más reducida de servicio universal que aparecerá en todas las actividades despublicadas mostrando así como las ideas servicio público y publicatio no tienen por qué caminar de la mano.” (Villar Ezcurra 1999, 212-213)

¹⁰⁵ “[...] el concepto de servicio público se escinde, actualmente, en dos modalidades o acepciones [...] De un lado el servicio público entendido al modo tradicional, que se desenvuelve en el entorno de una actividad publicada en donde la Administración puede asumir la titularidad y el ejercicio de la actividad (directamente o a través de una empresa pública) o tan sólo la titularidad, dejando a los particulares la posibilidad de intervenir en la gestión (normalmente, bajo la forma de concesionario). De otro, el servicio público que incide en una actividad no publicada pero sí regulada y en donde se imponen a los particulares que ejercitan esa actividad unas obligaciones específicamente denominadas de servicio público.” (Villar Ezcurra 1999, 206)

Por su parte, Ariño Ortiz (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004) expone que en su criterio, la “asunción de actividad” se podría realizar por dos vías, a saber, reservando para sí la actividad, sea que se gestione en forma directa o indirecta, o bien, mediante una intensa reglamentación que determine la forma en que esta se debe ofrecer, es decir, *“no se afirma en estos casos una titularidad real, sino una titularidad virtual, que permitirá el desarrollo de la actividad sin previa concesión, pero sometida a autorización reglamentada.”* (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004, 551)

En este sentido, Sendín García debe ser incluido dentro de este último grupo, quien considera que el monopolio de iure es una de las formas mediante las cuales se puede estructurar el servicio público y en función de sus características. Para dicho autor, la norma constitucional europea únicamente hace referencia a la garantía que debe dar el Estado, de que se ofrezca la actividad a los ciudadanos¹⁰⁶.

Ahora bien, como se indicó, estas últimas posiciones, aunque han aumentado recientemente, en particular, por la normativa comunitaria, fueron por mucho tiempo excepcionales, de forma tal que el desarrollo del concepto de servicio público español tuvo a la titularidad estatal y al monopolio de iure como elementos constitutivos de primer orden. En este sentido, son claras las palabras de García de Enterría (García de Enterría, La actividad industrial y mercantil de los municipios 1955, 116-117), cuando

¹⁰⁶ “En definitiva, obligar a que determinadas actividades para que puedan alcanzar esta calificación [servicio público] deban revestir la forma de un monopolio administrativo es contradictorio con los propios principios informadores del servicio público. Pues éste justifica el monopolio cuando así sea necesario para el desarrollo del servicio, pero no obliga a su instauración en servicios que por sus propias características no lo requieren. Lo esencial es que se produzca una asunción de la garantía de la actividad por los poderes públicos, que no supone otra cosa que dotar a la Administración de un título que le permita actuar de forma exorbitante a fin de lograr la instauración y correcto funcionamiento del servicio.” (Sendín García 2003, 115)

indicó que este *“es un índice inequívoco del servicio público, o, en otros términos, todo servicio público es un monopolio, en cuanto que la nota esencial de su idea es que sólo pueda organizarlo la Administración titular del mismo”*.

Un corolario de lo anterior es la forma en que se entendió la participación de los particulares en la prestación de actividades de esta naturaleza, la cual, como ya se adelantó someramente en las líneas precedentes, se limitaba a lo que se denominó la gestión indirecta, por oposición a la directa que se encontraba en manos estatales.

D) Formas de Gestión del Servicio Público

Si bien la titularidad de la actividad es reservada a la Administración, lo cierto es que esta siempre ha contado con la participación de los particulares para su cumplimiento. Por ello la doctrina ha diferenciado entre la gestión directa y la indirecta.

Como ya se ha adelantado en las secciones precedentes, en el caso de la primera, la actividad es ejercida por los entes u órganos públicos a quienes se les haya otorgado la respectiva competencia, por lo que la relación jurídica del destinatario del servicio se da directamente con la institución estatal bajo el binomio usuario-prestatario.

Por su parte, en el caso de que se opte por un esquema de gestión indirecta, la Administración delega, en forma temporal, la gestión del servicio en uno o varios particulares, ya sea un individuo o una forma de organización social. En este caso, la relación de servicio se da, entre el concesionario, quien actúa por cuenta propia pero en representación de la Administración Pública, y el usuario. La forma más antigua, y común, de participación del sector privado en la gestión del servicio público es la concesión. El Estado aquí permanece titular del servicio pero transfiere su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa. La separación

entre titularidad y explotación de servicio se produce, principalmente, en aquellos que suponen una actividad económica, de la que se hace cargo el concesionario obteniendo por ello una retribución, producto de las tarifas o precios pagados por los usuarios¹⁰⁷.

La concesión implica, sustancialmente, una transferencia de facultades de la administración a un particular; pero tal transferencia es, por naturaleza, limitada; el servicio público sigue siendo tal y referible, por consiguiente, a la Administración, que mantiene, en él, facultades de imperio, por lo que toda concesión implica un doble carácter; es, a la vez, un derecho que su titular puede ejercitar en su propio interés particular y un deber que se le confía para realizar una obra o prestar un servicio de interés general.

Surge una estructura triangular conformada por una primera relación jurídica entre Administración y concesionario, mientras que el particular se ve integrado en un binomio en el que, por una parte, y en forma inmediata, se vincula con el concesionario encargado de prestarle el servicio, surgiendo en consecuencia una relación sinalagmática de derechos y obligaciones mutuas¹⁰⁸ la cual se rige por los términos que

¹⁰⁷ Sobre la utilización del término usuario, el autor Agustín Gordillo señala que en el caso de servicios prestados bajo la figura del monopolio, la acepción "cliente" resulta inadecuada: "Si bien las empresas suelen llamar "clientes" a los que reciben su servicio, consideramos que esa designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de "clientes" cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de usuario." (1998, 56)

¹⁰⁸ Si bien este es un aspecto relevante dentro de la concepción del servicio público, no constituye el eje central de la presente investigación, por lo que las referencias a este tema son de índole tangencial y a efectos de explicar el desarrollo español de la figura por su influencia en nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, sobre las distintas posturas existentes en torno a la naturaleza de la relación entre concesionario y usuario, baste la siguiente síntesis: "(...) Tesis jurídico-privada. (...) Zanolini ha indicado que el carácter jurídico-público de la relación entre la Administración prestadora de un servicio público y los usuarios, no puede extenderse al supuesto concesionario-usuario. Frente al usuario, el concesionario no aparece con carácter publicístico, sino como un industrial cualquiera que vende el producto de su servicio; por tanto, la relación que se origina entre concesionario y usuario es una relación contractual sometida al Derecho privado. (...) Los privatistas han intentado explicar las relaciones entre el concesionario y el usuario bajo el prisma del contrato de adhesión. (...) Realmente no creemos que la prestación de los servicios públicos por los concesionarios se lleva a cabo por el contrato de adhesión tal y como lo han estructurado la doctrina privatística, puesto que las condiciones generales para la prestación de un servicio público no ha sido determinadas por el concesionario sino por la Administración. Como ha indicado ALESSI, en el pliego de

se establezcan para el acceso al servicio público, los cuales, en todo caso, deben cumplir con los requisitos de razonabilidad, proporcionalidad, continuidad, generalidad, igualdad, entre otros.

A su vez, en forma mediata, el usuario es titular de situaciones jurídicas subjetivas oponibles al Estado, como titular del servicio.

Como ya se indicó, en la gestión indirecta, para que un sujeto privado se convierta en prestatario, requiere de una habilitación especial por parte de la administración para el ejercicio legítimo de la actividad.

La Administración puede variar las condiciones concesionales salvando el interés del concesionario mediante el restablecimiento de un equilibrio financiero, pues a la teoría de la concesión la presiden dos ideas: la primera, que aunque sea concedido el servicio, seguirá siendo un servicio público, por lo que la actividad de la empresa concesionaria se halla sometida a la Administración Pública y a las normas especiales emanadas de la misma; la segunda es que los concesionarios no son en realidad titulares de un derecho respecto de la actividad, sino simplemente beneficiarios de un

condiciones no sólo se establecen los deberes del concesionario para con la Administración, sino también para los usuarios. Tesis jurídico pública. (...) En esta dirección, ALESSI manifiesta que es necesario sostener el carácter publicístico de la relación entre el concesionario y el usuario. Un fuerte argumento consiste en la consideración del concesionario como un ente auxiliar del Estado, capaz de dictar actos y disposiciones de carácter administrativo y sujetos al Derecho público. De esta forma, indica ALESSI, cae por tierra el obstáculo fundamental que pudiera existir para ver entre el concesionario y el usuario la existencia de una relación jurídica-administrativa, es decir, el obstáculo dimanante de hecho que relaciones publicísticas puedan darse sólo entre entes administrativos y particulares y no entre sujetos privados exclusivamente. Indica ALESSI, que si bien el ánimo que mueve al concesionario es el ánimo de lucro, éste sólo podrá realizarse cuando no sea incompatible con el interés público.(...) La actividad del concesionario, aunque se desarrolle por un particular, es objetiva o intrínsecamente pública. Tesis intermedia. Determinado sector doctrinal establece dos categorías en las relaciones de los concesionarios con los usuarios: la de la admisión y la de la relación contractual. Para la primera, la contraprestación tiene carácter de tasa; para la segunda, de precio. Son relaciones jurídico-públicas las prestaciones relativas a asistencia o instrucción y jurídico privadas las de los servicios industriales. Nuestro criterio. Desde nuestro punto de vista, el montaje de las relaciones entre los concesionarios de servicios públicos y los usuarios no debe hacerse con criterios jurídico-privados, como actualmente. DUGUIT ya indicó que entre el concesionario de un servicio público y el usuario no nace un contrato, sino una relación de derecho (...) Manifiesta DUGUIT que las relaciones entre el concesionario y el usuario están regladas, pero no por lo que indique el concesionario, sino por un acto anterior; el de la concesión, al cual el concesionario es completamente extraño, demostrándose así que la concesión no es un contrato.(...) (Rivero Ysern s.f., 230)

procedimiento legal para que puedan instalarse o desarrollarse determinadas actividades que los intereses generales requieren, siendo a estos últimos a los que en realidad se trata de proteger por encima de cualquier otro de naturaleza privada de los particulares a quienes se les encomienda la gestión.

En consecuencia, la Administración siempre retiene íntegramente el ejercicio de sus potestades; de ahí que la concesión se encuentra sujeta a las reglas de mutabilidad, continuidad o regularidad e igualdad. Lo anterior encuentra su fundamento, por un lado, en las facultades de ordenación que conserva la Administración, y por el otro, en la afectación de la actividad al interés general.

Por virtud de las primeras, la Administración podrá disponer, tal como si gestionase directamente el servicio, aquellas modificaciones que aconseje el interés público; por la segunda, la empresa que tenga a su cargo un servicio público, no puede suspender ni reducir la prestación sin el consentimiento de la administración; por el tercero los principios enunciados, todos los usuarios son considerados iguales para el disfrute de la prestación del servicio público (Martínez 1994, 129), sin que se pueda hacer distinción infundada.

Por medio de la concesión, la administración transfiere o cede al concesionario una esfera de actuación que resultaba administrativa, sin que lleguen a transferirse, en forma total, las facultades de la administración, del tal modo que esta mantiene el dominio sobre el servicio público concedido, el cual sigue siendo público; hay una titularidad inderogable¹⁰⁹, salvo desafectación de la actividad. De ahí que el

¹⁰⁹ "La concesión de servicios públicos es el contrato en la función administrativa en virtud del cual un ente estatal encomienda o delega a una persona, temporalmente, la ejecución de un servicio público, otorgándole el ejercicio de cierta potestad pública para asegurar su funcionamiento, efectuándose la explotación a costa y riesgo del

concesionario ostente por ello, determinadas prerrogativas típicamente públicas frente al usuario, las cuales ejerce por cuenta y a nombre del Estado.

En síntesis, la concesión de servicio público es una manera en que el Estado satisface necesidades generales valiéndose para ello de la colaboración de los administrados. Constituye un caso de colaboración por participación voluntaria en la prestación de los servicios públicos; una asociación público-privada en la terminología que recientemente se ha acuñado. Es el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona-individual o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público. Dicha persona, llamada concesionario, actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez.

Cabe destacar que esta relación entre el concesionario y el Estado ha sido analizada, usualmente, como una de sujeción especial¹¹⁰ mediante la cual, el

concesionario, bajo la vigilancia y control del ente concedente." (Sarmiento García, Concesión de Servicios Públicos 1999, 83)

¹¹⁰ Suministrar una definición de "relación de sujeción especial" resulta sumamente complejo. Se trata de una figura originada en Alemania y que ha permeado en otros ordenamientos aunque sin llegar a una noción clara aunque generalmente se identifique con una disminución de las garantías jurídicas de los particulares. Sobre este tema, puede consultarse la monografía de Iñaki Lasagabaster y de Ricardo García Macho. Si bien excede el objeto de esta investigación, resulta conveniente mencionar que resulta usual entender que, al igual que el concesionario, el usuario del servicio público se encuentra en una relación de sujeción especial. Por ello conviene transcribir una reflexión de Lasagabaster sobre el tema: "Las RSE puede decirse, pues, que disfrutan de una clara explicación de su nacimiento, pero no de su existencia actual. Los avances del Estado de Derecho y la eliminación de la separación Estado-sociedad han desactivado la virtualidad de la categoría. Las dificultades que la juridificación de ciertas materias encuentran tampoco justifican su existencia. Los problemas interpretativos que se producen en relación con el principio de legalidad o con los derechos fundamentales se pueden resolver acudiendo a los instrumentos ordinarios de interpretación. Acudir a las RSE es una solución fácil y muy poco rigurosa, además de dudosamente compatible con el texto constitucional. En definitiva, se considera que las RSE son una categoría justificable históricamente, asumida acríticamente y útil judicialmente. Su utilización ha solventado los más variados problemas interpretativos, sin mayor esfuerzo argumentativo. Con ella se puede hacer referencia a todas aquellas situaciones en las que el ciudadano se encuentra en una situación de dependencia acentuada, lo que se producirá siempre que el ciudadano tenga un relación jurídica con la Administración. Si algunas relaciones jurídicas producen una mayor acentuación de la dependencia, difícilmente podrá deducirse de ellos consecuencias jurídicas. No sucede lo mismo cuando se trata de las relaciones de sujeción general, que encuentran su correspondencia con el concepto de

incremento en la intensidad de las potestades administrativas se justifica, principalmente, en la necesidad de garantizar los términos en que la prestación se realizará a los destinatarios.

Otro aspecto que no puede ser soslayado es que la concesión no es la única forma, aunque sí la más usual, mediante la cual se puede delegar la prestación de los servicios públicos, como podrían ser los permisos o las licencias, según lo establezca la legislación.

No obstante lo anterior, cabe destacar que dentro de estos títulos habilitantes no se puede incluir la autorización, en la medida en que esta se entiende como la remoción de un obstáculo jurídico para el ejercicio de un derecho preexistente. Esto, en la medida en que al ser una actividad publicada, no existe tal derecho al ejercicio de la actividad, el cual se encuentra reservado al Estado. La autorización así entendida, resulta contradictoria con la noción de delegación que se encuentra a la base de la gestión indirecta de los servicios públicos.¹¹¹

Por último, debe indicarse que la decisión de gestionar una actividad en forma indirecta es el resultado de una decisión discrecional –fuerte¹¹²– por parte de la

potestad. En la actualidad esta categoría está necesitada de una profunda reconsideración doctrinal y jurisprudencial. Esta reconsideración debería llevar a su definitivo abandono.” (Lasagabaster Herrarte 1994)

¹¹¹ “Tal función “delegatoria” la cumplía la concesión otorgando derechos ex novo, a los particulares, de los que, antes de la acción administrativa, carecían. Por lo que, en tal escenario clásico, no operaba ni podía operar en medio de las publicaciones de corte antiguo, la figura de la autorización, pues su papel de mera remoción de obstáculos (en la tradicional formulación de Mayer), para el ejercicio de derechos ya existentes, no permitía tal creación de derechos; imprescindible en los fenómenos de “servicios públicos”, donde se subentendía que antes de la acción creadora de la Administración, el particular nada tenía.” (Vergara Blanco 2006, 54)

¹¹² “Podemos adptar el término dworkiniano de «discrecionalidad fuerte» para hacer referencia a los supuestos en los que el sujeto dispone de un poder de decisión por haberlo querido así el ordenamiento jurídico. Por otro lado, podemos hacer referencia a la discrecionalidad con la que es preciso operar para ejercitar una potestad, aunque el ordenamiento no ha querido atribuir al sujeto un poder de decisión, como «discrecionalidad instrumental». Esta «discrecionalidad instrumental» será más o menos amplia dependiendo del caso, pero en todo caso hace referencia a la adopción de eyecciones, juicios o decisiones dentro de un margen de apreciación que no ha sido determinado por el ordenamiento. La «discrecionalidad instrumental» es, por tanto, un margen de maniobra que deja la norma y que puede aparecer en diferentes grados. Esta distinción entre «discrecionalidad instrumental» y «discrecionalidad fuerte» nos permitirá concretar con mayor precisión el tipo de discrecionalidad de que dispone un sujeto. Cuando

Administración competente, frente a la cual, no cabe entrar a cuestionar¹¹³ los méritos de la conveniencia de la decisión. Una vez tomada esta decisión, y comunicada al público, existe, en el ejercicio de la libertad de empresa y contratación, la posibilidad de que cualquier particular que cumpla los requisitos establecidos por la Administración concorra para que se le considere y, eventualmente, adjudique la gestión del servicio, más no debe confundirse esto con la existencia de una titularidad privada de la actividad o iniciativa privada.

E) Servicio Público Impropio: flexibilización del concepto tradicional de servicio público

Al igual que ocurrió en el caso francés, aunque acentuado por el hecho de que el ordenamiento español afincó la noción de servicio público a partir de su titularidad estatal, el despliegue de ciertas actividades sometidas al servicio público en régimen de concurrencia generó la utilización de la categoría de los servicios públicos impropios, similar a la francesa de los servicios públicos virtuales.

digamos de un sujeto que dispone de «discrecionalidad instrumental», pero no de «discrecionalidad fuerte», ellos nos indicará que el ordenamiento jurídico no ha pretendido atribuirle un poder de decisión propio, aunque para el ejercicio de su potestad tenga que ejercitar cierta iniciativa y un juicio o elección que va más allá de la mecánica aplicación de la regla establecida. Cuando digamos de un sujeto que dispone de «discrecionalidad fuerte», ello nos indicará que el sujeto además de tener que actuar con iniciativa y tener que realizar elecciones o adoptar decisiones conforme a criterios que no figuran en el ordenamiento jurídico, tiene atribuido por éste un núcleo de poder decisorio.” (Desdentado Daroca 1999, 52) Continúa indicando esta autora: “... tanto en el caso de la discrecionalidad política propia del legislador como en la discrecionalidad característicamente administrativa existe una atribución intencional por el ordenamiento jurídico de un poder de decisión. No se trata de una mera discrecionalidad instrumental inevitable en el ejercicio de su función, sino de una discrecionalidad en la que el órgano realiza elecciones para la satisfacción del interés público dentro de un ámbito de poder de decisión reconocido y atribuido por el ordenamiento jurídico. Tanto la discrecionalidad política del legislador como la discrecionalidad administrativa tienen en común que ambas implican que el sistema jurídico ha reconocido al legislador o a la Administración un poder de decisión, que se traduce en un poder de elegir, sobre la base de una valoración política, entre diferentes alternativas, todas igualmente válidas dentro del marco del Derecho.” Op cit. Pág. 82.

¹¹³ No quiere decirse que la discrecionalidad constituya un ámbito exento del control judicial. En tanto que acto administrativo, y por disposición del artículo 49 Constitucional, así como la norma contenida en el artículo 15 de la Ley General de la Administración Pública, dicha actuación sería revisable, sin embargo, los parámetros de dicho control no pueden conducir a una eliminación absoluta de la discrecionalidad otorgada por el legislador. Así las cosas, en tanto que no exista una vulneración evidente a las reglas de la técnica y de la lógica, a disposiciones jurídicas específicas, o bien, que haya operado una reducción a cero de la discrecionalidad, el juez encuentra un límite a sus facultades de apreciación de la oportunidad y conveniencia de la decisión.

Esta es una categoría intermedia entre el servicio público y aquella actividad privada que se caracteriza por no satisfacer un interés público, la cual ha recibido diversas denominaciones.

En esta categoría se ubican aquellas actividades, desarrolladas por los particulares en el ejercicio de un derecho preexistente, y que son consideradas de interés público por su materialidad pero en donde el Estado no ha asumido la titularidad de la misma; debido a lo anterior, estas actividades se caracterizan por requerir de una autorización para el inicio de la actividad, así como por una intensa reglamentación por parte del Estado.

Siguiendo la exposición del autor Santamaría Pastor (Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General II 2005, 303), las características que permiten ubicar en esta categoría a una determinada actividad, pueden resumirse de la siguiente manera.

- a) Son actividades que inciden en el interés público. Esta incidencia se puede dar tanto en forma positiva como en forma negativa (Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo General II 2005, 303).
- b) Existe un ámbito de intervención administrativa muy intenso, caracterizado por la regulación detallada de la actividad, así como por amplios poderes y competencias por parte de los entes u órganos públicos.
- c) En la mayoría de los casos, se trata de actividades destinadas a una generalidad de ciudadanos.

De lo dicho hasta este punto, resaltan tres características esenciales para la ubicación de una determinada actividad en la categoría del servicio público impropio;

en primer lugar, se trata de una actividad que se ubica en el ámbito de la iniciativa privada; en segundo lugar, la existencia de un interés público asociado a la actividad y, finalmente, una relación jurídico administrativa con la Administración con una especial intensidad o calificación, manifestada por una mayor intervención administrativa en la actividad. Conviene, entonces, exponer con mayor detalle las anteriores características.

El origen de esta figura responde a la constatación de que los particulares llevan a cabo una serie de actividades, en el ejercicio de la iniciativa privada, que satisfacen un interés general. A diferencia del servicio público, tal y como ha sido definido hasta este punto, en el servicio público impropio la actividad no se encuentra reservada al Estado. Ahora bien, debido al interés general que caracteriza este tipo de actividades, en la mayoría de los casos, si bien se dan en el marco de la libertad de empresa, particularmente, en el ejercicio de la libre determinación en la escogencia de la actividad a que se quiere dedicar el titular del derecho, en la mayoría de los casos existe un régimen de autorización para el ejercicio de la misma.

El ejercicio de esta técnica autorizatoria, sustitutiva del régimen concesional, constituye la primera forma mediante la cual la Administración Pública ejerce un amplio margen de intervención administrativa en la actividad.

La segunda característica de este tipo de actividades es la existencia de un interés público tanto en el desarrollo (prestación), como en la continuidad y estabilidad de estas. Es precisamente la existencia de este interés general el que sirve como

título¹¹⁴ habilitante para la intervención administrativa, a través de una intensa regulación y fiscalización.

Es en virtud del interés general que el particular se encuentra sometido a una forma de intervención administrativa que, en caso de tratarse de cualquier otra actividad privada, no existiría o carecería de la intensidad que caracteriza la figura en comentario; en otras palabras, sirve como justificación del ejercicio de potestades específicas y exorbitantes por parte de la Administración.

Tomando en cuenta que la definición de un servicio público impropio depende, en forma directa, de la existencia de un interés general, el primer elemento que debe definirse es, precisamente, qué se entiende por este.

La primera precisión que se requiere es que este se trata de un concepto jurídico indeterminado¹¹⁵, en el cual existe un amplio margen de discrecionalidad interpretativa¹¹⁶ en la determinación de su contenido.

¹¹⁴ “Los títulos hacen referencia a la cobertura constitucional para responder al dónde y al por qué actúa la Administración. Representan la justificación de la intervención administrativa.” (Villar Ezcurra 1999, 38)

¹¹⁵ En esencia, los conceptos jurídicos indeterminados son aquellos en donde “la medida concreta para la aplicación de los mismos en un caso particular no nos la resuelve o determina con exactitud la propia Ley que los ha creado y de cuya aplicación se trata” (García de Enterría, La lucha contra las inmunidades del poder 1962, 171). Desde el punto de vista jurídico, lo cierto del caso es que la distinción de un concepto jurídico determinado y uno indeterminado radica, en la exactitud o precisión del concepto a efectos de su aplicación. En este sentido, el autor español Atienza, ha identificado su existencia cuando el operador jurídico se encuentra ante “conceptos que padecen de una vaguedad radical” (Atienza 1995, 22) Dentro de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados es de suma importancia tener claro cuál es la estructura de éstos. Así las cosas, es posible identificar un núcleo del concepto y un halo. El primero “constituye su significado primario” (Sainz Moreno 1976, 197) y al cual “aluden aquellas expresiones del lenguaje que delimitan el ámbito del concepto a lo que es su esencia” (Sainz Moreno 1976, 197); sobre éste gira el segundo, al cual “se refieren aquellas expresiones que amplían –ablandan- los límites del concepto.” (Sainz Moreno 1976, 197). El núcleo es llamado también zona de certeza del concepto, y se encuentra configurado por datos previos y seguros. Por su parte, el halo del concepto, o zona de duda o penumbra, constituye una zona intermedia o de incertumbre en donde no existe una certeza previa y cuya determinación exige desplegar la idea nuclear del concepto. Una de las características del halo del concepto es precisamente su sentido valorativo, a diferencia del núcleo del concepto. Mientras que el segundo debe darse necesariamente para que nos encontremos en presencia del concepto en cuestión, existiendo o no, en el halo del concepto se realizan valoraciones o estimaciones respecto de las características del núcleo. “La distinción entre el núcleo (zona de certeza) y el halo (zona de duda) tiene este significado: expresa que todo el concepto, todas sus zonas, están iluminadas o inspiradas por la idea que constituye su núcleo, de manera que por muy difusos que sean los límites del concepto el criterio para conocer hasta donde alcanzan esos límites lo proporciona su esencia o núcleo, porque el concepto llega hasta donde ilumina el resplandor de su núcleo. Aquello que no puede designarse con las ideas que integran la esencia del concepto queda fuera de su ámbito de referencia, aunque pudiera adecuarse a otras

Este elemento resulta esencial al momento de analizar el concepto, en sí mismo, del servicio público impropio, ya que la determinación del mismo responderá a la valoración que los distintos operadores jurídicos realicen respecto de una actividad.

Ahora bien, lo anterior no implica que no pueda ofrecerse una definición del contenido esencial. Por interés general se pueden entender aquel que tiene por objetivo el satisfacer una necesidad de la colectividad o bien, un beneficio para la generalidad de los particulares.

Precisamente, la existencia de este interés general justifica una mayor intensidad en la intervención administrativa, la cual tiene por objeto garantizar la prestación del servicio. Como ya se ha adelantado, esta intervención se manifiesta, por lo general, en el ejercicio de una potestad reglamentaria, cuyo objetivo es la ordenación de la actividad como tal.

Finalmente, la tercera característica se refiere a los destinatarios o usuarios de la actividad, que constituyen una generalidad que requieren la ejecución de dicha actividad, prestada en condiciones adecuadas.

Ahora bien, resulta necesario distinguir esta figura del concepto recién expuesto de servicio público.

notas no esenciales del concepto.” (Sainz Moreno 1976, 197) Finalmente, frente a las zonas anteriormente detalladas, existe una zona de certeza negativa, la cual se opone a su antónimo en tanto que ésta se encuentra integrada por aquello que el concepto no es. De esta forma, el halo del concepto se encuentra entre la zona de certeza positiva y la zona de certeza negativa, constituyendo los dos límites del concepto jurídico indeterminado. Es en este halo del concepto en donde surge, precisamente, la indeterminación del concepto.

¹¹⁶ En este punto, no debe confundirse el concepto de discrecionalidad interpretativa con la discrecionalidad administrativa. Siguiendo la distinción esbozada por Igartúa Salaverría: “Si por discrecionalidad cabe entender genéricamente posibilidad de elección, entonces en la disección de los actos discrecionales administrativos que se ha efectuados en la cita anterior, se detectan dos especies de discrecionalidad (que las designaré con nomenclatura aproximada): una interpretativa (cuando las disposiciones jurídicas vienen expresadas con lenguaje indeterminado) y otra estratégica (cuando –independientemente de si el lenguaje legal es indeterminado- las disposiciones jurídicas no prescriben –ni determinada ni indeterminada- cuál, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse... La discrecionalidad «interpretativa» está representada formidablemente por los tan traídos «conceptos indeterminados»...” (Igartúa Salaverría 1996, 544)

Como bien indica el autor Sarmiento García, en ambos casos se trata de actividades “*básicamente industriales y comerciales*” (Sarmiento García, Concesión de Servicios Públicos 1999, 65), pero existen diferencias importantes que impiden su ubicación en una misma categoría. La diferencia esencial entre el concepto tradicional de servicio público y el impropio o virtual consiste, fundamentalmente, en el hecho de que el segundo se trata de una actividad de iniciativa privada, sobre la cual el Estado no posee una titularidad excluyente que le permita concederlo a los particulares bajo los mecanismos de gestión indirecta, propios del servicio público.

La aplicación a estas actividades de un régimen jurídico similar al del servicio público no se fundamenta en la titularidad de la actividad o en la publicatio, sino, por el contrario, en la relevancia que este tiene para la colectividad. En virtud de lo anterior, los requisitos de continuidad, generalidad, igualdad, y en general el principio del buen funcionamiento de los servicios públicos serían atribuibles a las actividades de interés general, sin que resulte necesario equipararles en una sola categoría con los servicios públicos.

Dado que esta categoría se ha utilizado en la jurisprudencia costarricense, es importante realizar el siguiente cuestionamiento en cuanto a su consistencia lógica. Como se logra desprender de lo expuesto hasta este punto, lo que convierte una actividad en servicio público impropio es, la concurrencia de un interés general en que una determinada actividad se preste en forma adecuada, eficiente y bajo parámetros de calidad y que se encuentra sometida a un régimen de derecho público precisamente para garantizar lo anterior, lo que implica el sometimiento a regulación, fiscalización y al cumplimiento de obligaciones de servicio público.

El problema de estos elementos como definitorios del servicio público impropio es que generan una definición circular, toda vez que la consecuencia de dicha calificación es, en el fondo, este sometimiento a reglas exorbitantes del derecho común y a la supervisión (comprensiva de la regulación y la fiscalización) por parte de los entes públicos. Es decir, esto implica que lo que permite calificar una actividad en esta categoría es, al mismo tiempo, la consecuencia de esa calificación. Como narra Sendín García que apuntó Waline respecto de la utilización del concepto de servicio público como criterio competencial, se estaría contestando a la pregunta con la pregunta (2003, 82).

Sección IV.- La conformación del Servicio Público en Alemania.

A diferencia de las naciones anteriores, en Alemania la conformación de la figura del servicio público tiene una connotación distinta, puesto que más que la determinación y delimitación de la actividad administrativa, se consolidó con base en una fuerte teoría en la formación del Estado.

Al respecto, podemos señalar dos momentos en dicha conformación: una primera etapa de discusión doctrinal en lo que respecta a la figura del Estado y su actividad; y una segunda que finaliza con la Constitución Alemana de 1919 también conocida como Constitución de Weimar, en la cual, la solidaridad social y la actividad asistencial del Estado sobresalen.

En la conformación del Estado ***tuvo una gran influencia la*** doctrina de la Asistencia Vital Alemana, dándose el surgimiento de una ideología de Estado basada en lo que llegó a denominarse la cláusula de prosperidad. Según explica Bobbio, citado

por Salomoni (Salomoni 1999), es con Hegel que se dan los primeros pasos en la conceptualización de un Estado activo, propulsor del desarrollo humano¹¹⁷ y que, posteriormente, se vería plasmado en la Constitución de Weimar.

Conforme se ha manifestado, en términos generales, la configuración del Estado tiene una relación directa con la ideología tendiente a la incorporación de determinadas actividades administrativas como parte de la conducta pública, y entre ellas, el servicio público. En el momento histórico en que se desarrolla la doctrina en comentario, nos encontramos en la etapa del iluminismo, donde la idea de “*progreso*” o “*prosperidad*” resonaban como elementos esenciales de la sociedad¹¹⁸, siendo esta última idea la que viene a explicar las funciones y relaciones del Estado frente a la sociedad civil.

Con Hegel se concibe, especialmente en lo que reconoce como poder de policía, una faceta intervencionista del Estado, puesto que debe ser garante de los derechos individuales y, en razón de esa tutela, debe asumir ciertas actividades que generaban un interés trascendental para el bienestar social¹¹⁹. De tal forma, existe una doble obligación del Estado en la armonización de los intereses de los particulares, lo que implica, según la tesis de este autor, un desdoblamiento, por un lado, de una faz privada, donde el Estado sólo debe actuar en forma negativa, y de igual forma, una faz

¹¹⁷ “Por lo que se refiere a la concepción del Estado como momento positivo del desarrollo histórico, como solución permanente y necesaria de los conflictos que afligen a los hombres en la cotidiana lucha por la conservación, como salida del hombre del regazo de la naturaleza (para usar la célebre expresión kantiana) para entrar en una sociedad guiada por la razón, como aquella esfera, en definitiva, en que la razón humana puede por fin desplegar su autoridad contra la prepotencia de los instintos...” (Salomoni 1999, 37)

¹¹⁸ “El desarrollo del concepto de ‘progreso’ es esencialmente iluminista, en el sentido de que implica una nueva configuración de la noción de tiempo, a partir de la racionalización de la cultura. En efecto, esa idea que nace con la ilustración, será esencial para la configuración de la ‘modernidad’. Representará el nuevo y más poderoso mito, en el sentido de idea-fuerza, de idea-fusión de dos temporalidades que se precipitan (lo arcaico y lo moderno), con que contará la nueva era para legitimar los profundos cambios que se producían” (Salomoni 1999, 48-49)

¹¹⁹ “Es así que, cuando el interés que despierta determinada actividad trasciende la esfera individual, esto es, cuando determinada actividad o labor es de interés para la comunidad, y constituye una necesidad social, un bien social deseable, es el Estado el que aparecerá como titular indiscutido, y con su título, el poder amplio de regulación.” (Salomoni 1999, 57)

pública, que contiene la esencia del concepto de prosperidad, puesto que es un interés que trasciende al individuo, y justifica el otorgamiento al Estado de la potestad y el deber de intervenir para asegurar su cumplimiento¹²⁰ por tratarse de suplir una necesidad pública.

Es, pues, el bagaje filosófico de la época, lo que permitió que la conformación del Estado alemán presentara tan distintas características con el resto de los países europeos. Es por esta realidad particular que es preciso referirse a la conformación de las instituciones jurídicas que lo soportaron, en particular, aquellas regidas por el Derecho Administrativo¹²¹.

A lo expuesto por Hegel, el autor George Jellinek, en su tesis sobre los fines del Estado, critica a este autor indicando que su teoría es de naturaleza metafísica, retomando las filosofías Platónicas y Aristotélicas, donde los individuos funcionan como instrumentos que llevan a cabo de manera inconsciente los hechos que exige la necesidad colectiva¹²².

En la exposición de su tesis, Jellinek determina que los fines del Estado dependen de la concepción política del mismo, siendo esta la que define la existencia del Liberalismo, el Socialismo, la Democracia y demás manifestaciones. De ahí que

¹²⁰ "Estas actividades serán diversas, pero siempre implicarán directa o indirectamente, actividades / servicios público." (Salomoni 1999, 57)

¹²¹ "La ciencia alemana del Derecho administrativo ha nacido en el hogar del Estado de Derecho basado en la división de poderes. Por eso, desde su origen, presupone la antítesis entre la coacción estatal y la libertad individual. A esta posición fundamental y a este punto de partida deben ser referidas casi todas las instituciones y formas jurídicas del Derecho administrativo tradicional" (Forsthoft s.f., 473)

¹²² "Platón asigna como objetivo al Estado ideal, la realización de la justicia que coincide con la virtud total; y Aristóteles, para quien el Estado ha nacido meramente por la voluntad de los hombres, cree que éste no existe sino para alcanzar un bien, esto es, una endemonía, no sólo física sino también moral. Con Hegel ha tenido lugar un renacimiento muy peculiar de estas doctrinas antiguas; este autor explica el Estado como la más alta forma de la moralidad objetiva. Pero la teoría de Hegel es una doctrina metafísica de los fines del Estado. La idea tiene el poder de advenir racional en la realidad política y no necesita para esto de la acción consciente individual, sino que más bien los individuos son como los instrumentos que llevan a cabo de una manera inconsciente los hechos que exige la necesidad dialéctica" (Jellinek 1973, 182)

para este autor, el Estado es una unidad de fin, donde la determinación de los mismos es necesaria para la justificación ética y psicológica del mismo (Jellinek 1973, 174-175).

En lo que respecta a la teoría de los fines del Estado, establece este último autor que en sus inicios, dicha figura tuvo como propósito mantener el poder, conceder protección y conservar el orden jurídico. Sin embargo estos no podían ser tomados como fines en sí mismos, sino que son medios para alcanzar aspectos teleológicos mayores, como la cultura¹²³.

Por otro lado, las actividades del Estado, según Jellinek, surgen como resultados de su propia sobrevivencia debido al período de guerra, es decir, justifica la ejecución de actividades económicas y comerciales por parte de la Administración, por razones fiscales y militares (Jellinek 1973, 192), los que posteriormente fueron aumentando hasta conformar actividades de carácter solidario. En virtud de lo anterior, afirma que la extensión de la actividad del Estado, más allá de sus fines exclusivos, esta condicionada por factores históricos (Jellinek 1973, 193).

Es por tales factores que, bajo la lucha entre el Estado y la Iglesia, esta última asumió actividades que, se puede decir, van más allá de los límites que le eran propios, tales como el cuidado de los pobres y la educación como actividades que refieren a la vida solidaria. Es por ello que, expone el autor, sólo cuando los individuos son impotentes para alcanzar por sí mismos un fin, puede y necesita el Estado tomarlo sobre sí¹²⁴.

¹²³ "Así como la posesión del poder y el goce del derecho no pueden ser los fines más altos del individuo, sino que son tan sólo condiciones para alcanzar y poseer otros bienes, del propio modo se abren por las partes para el propio Estado, al impulso creciente de la cultura, nuevos horizontes y fines más altos" (Jellinek 1973, 192)

¹²⁴ "...De tal forma que la administración de los intereses de la sociedad mediante el Estado, sólo es beneficiosa siempre que se trate de una actividad que trabaja con medios exteriores y de una manera sistemática; por eso ha de contar con medios negativos con que eliminar obstáculos, y medios positivos de ayuda que pueden tener formas

Para finalizar, se puede resumir la tesis de Jellinek respecto de la actividad administrativa de la siguiente forma: *“Cuanto mejor satisfechos puedan ser mediante una organización comprensiva y unitaria, es decir, centralizadora, los intereses de la cultura en cuestión, tanto mayor será la exigencia del Estado y hacia el Estado para que los atienda de un modo exclusivo, o al menos de un modo preferente”* (Jellinek 1973, 194).

Son pues estos dos elementos: la conformación del Estado Alemán y su cláusula de prosperidad, los que determinan la conformación de la figura de servicio público, a diferencia de Francia y España.

En cuanto a la búsqueda de una definición de lo que podría denominarse el servicio público alemán, resulta fundamental iniciar con la tesis desarrollada por Forsthoff, quien, tal y como lo indican Malaret I García (Malaret I García 1998) y Bullinger (Bullinger 2005), tomó en consideración la obra de Duguit al formular su propuesta, aunque reconoció que la asimilación la figura del *service public* no era posible, puesto que el Derecho Administrativo Alemán por mucho supera en complejidad al francés¹²⁵. Es importante señalar en este punto que Duguit, al basarse en las nociones de solidaridad y cooperación como aspecto fundamental del servicio público, se oponía a ideas como las de O. Mayer y G. Jellinek que caracterizaban al

distintas según la naturaleza de los bienes de que se trate, los cuales sólo pueden consistir en la creación de condiciones exteriores...” (Jellinek 1973, 193).

¹²⁵ “...la ciencia alemana del Derecho administrativo se encuentra en una situación mucho más embarazosa que, por ejemplo, la francesa, la cual posee en los services publics una institución sólida y a la par lo suficientemente elástica para asignar en ella un puesto sistemático a las relaciones de prestación. El concepto de los services publics no se puede trasplantar, mediante una simple traducción, al Derecho administrativo alemán, cuya estructura es esencialmente diferente” (Forsthoff s.f., 475)

Estado por el poder estatal que ostentaba, haciendo eco del concepto del *puissance publique*.

Ahora bien, Forsthoff indica que más que servicio público, en el derecho alemán debe utilizarse el de “*procura existencial*” (*daseinsvorsorge*)¹²⁶. Bajo este concepto, también traducido como “asistencia vital”, el autor observa que el Estado asume una serie de actividades prestacionales y planteó que estas constituían parte de las obligaciones del poder público, afirmando el paso de un estado liberal a uno social (Bullinger 2005).

Reprocha una falta de claridad en la asimilación de las actividades prestacionales que la Administración fue asumiendo paulatinamente, siendo un grave fallo para la ciencia jurídica el no haber dado forma científica sistemática a estas obligaciones de la Administración (Forsthoff s.f., 474). Es de esta forma que, sin menospreciar los esfuerzos de sus colegas en sistematizar un concepto de asistencia vital, Forsthoff procura dar su propia definición, señalando que “*Todas las prestaciones llevadas a cabo por la Administración a favor de los ciudadanos son formas de asistencia vital. No es menester distinguir aquí si estas prestaciones vitalmente necesarias o no. (...) Todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de personas definido por características objetivas, es asistencia vital*” (s.f., 476)

¹²⁶ “...el ámbito de la asistencia social, tal como se describió anteriormente, excede con mucho el campo del Derecho administrativo y comprende algunas funciones estatales que tradicionalmente y con buenas razones son asignadas a otras disciplinas científicas, como el Derecho económico, el Derecho del trabajo, el Derecho de los seguros sociales, etc. Pero esto no constituye, naturalmente un argumento contra la aplicación de este concepto en Derecho administrativo, sino que únicamente confirma cuán íntimamente se implican estas disciplinas” (Forsthoff s.f., 475)

Es importante destacar que en la “daseinsvorsorge” alemana, en la concepción de Forsthoff, confluyen tanto las normas del derecho civil como del administrativo¹²⁷, las cuales resultaban complementarias.

El concepto bajo análisis, como se puede observar, comparte con su similar francés, que se encuentran íntimamente relacionadas con el concepto de Estado, aunque bajo puntos de partida distintos¹²⁸.

En el caso de Alemania entre las dos grandes guerras, la propuesta de Forsthoff se enmarcaba dentro del principio de la primacía de la voluntad del Líder, por lo que las funciones prestacionales dependían del designio de los gobernantes en cuanto a su instauración y organización.¹²⁹

Al concluir la Segunda Guerra Mundial, este principio resultaba insostenible, por lo que la “daseinsvorsorge” asumió un carácter más solidario, dado el reconocimiento de la limitación impuesta a los gobernantes por el Derecho, siendo que en la actualidad, *“ya no encierra una determinada concepción del Estado, como sucede aún hoy con el service public francés. Ha sido trivializada y significa en el lenguaje jurídico el conjunto de toda prestación que es ofrecida por el Estado o sus corporaciones territoriales de acuerdo con el interés público. El concepto de la procura existencial se*

¹²⁷ “Dentro del marco de la cada vez más extensa asistencia vital, nacen un gran número de prestaciones que, directamente unas, indirectamente otras, son controladas, cuando no llevadas a cabo por la Administración, y cuyo desarrollo se debe tanto al Derecho civil como al Derecho público. Toda esta materia ha sido objeto de un crecimiento y desarrollo especialmente espontáneos” (Forsthoff s.f., 473)

¹²⁸ “Así pues, dos concepciones de Estado esencialmente diferentes determinaban al principio la doctrina francesa del service public, de un lado, y la alemana de las instituciones de la procura existencial de otro; según DUGUIT, la concepción, en el fondo liberal, de la República burguesa como unidad suprema prestadora de servicios cuidadosamente limitados; según FORSTHOFF, la idea conservadora y romántica del Estado como suprema comunidad de convivencia con responsabilidad general para con el bienestar de sus miembros.” (Bullinger 2005, 36)

¹²⁹ “El elemento corporativo, según FORSTHOFF, debía subordinarse al principio de primacía de la voluntad del Líder (Führerprinzip), que por entonces era intocable en Alemania. De esta manera, FORSTHOFF finalmente dejó que los gobernantes fuesen exclusivamente responsables de la planificación y de la dirección del Estado prestacional. Por su estructura autoritaria, la procura existencial alemana permaneció como concepción del Estado esencialmente diferente a la de la teoría del service public francés.” (Bullinger 2005, 34)

usa en algunas leyes como concepto general poco preciso que comprende todas las prestaciones tradicionales de los entes públicos, como v.gr. los municipios y sirve en la jurisprudencia para deslindar, sin una diferenciación muy clara, la actuación económica del Estado de aquellas prestaciones públicas que sirven a fines públicos y que, a pesar de gestionarse con arreglo a formas del Derecho privado, están sujetas a los principios generales del Derecho administrativo y al control de equidad, sin que a los poderes públicos se les puedan oponer derechos fundamentales. Asimismo, este concepto también aparece en las versiones alemanas de textos y declaraciones de la UE. Pero en general, prevalece la utilización del concepto de «Administración prestacional». Algunas voces incluso postulan que sea abandonado el concepto de la procura existencial por ser exclusivamente sociológico y no jurídico.» (Bullinger 2005, 41-42)

En definitiva, esta figura alemana, si bien asumió características que permiten establecer ciertas semejanzas con el *service public* francés, se caracteriza esencialmente por responder a necesidades de interés público, o en forma más precisa, a necesidades de la colectividad. Si bien implica una forma de actuación de la Administración Pública, lo cierto es que sus contornos son sumamente flexibles, lo que denota que en el fondo, a lo que hace referencia, más que a sus características esenciales, es a la finalidad que se pretende satisfacer por el Estado al participar en determinadas actividades prestacionales.

Sección V.- Vertiente de influencia anglosajona (common law)

De antemano, es preciso señalar que la importancia de hacer a una referencia a esta vertiente se debe a la influencia que esta forma de entender el servicio público ejerce en la actualidad, siendo incluso posible afirmar que, tratándose de servicios de índole económica, se ha impuesto en la Unión Europea, e incluso en nuestro país.

El antecedente más lejano de esta concepción se remonta a la Inglaterra del siglo XIV en donde se reconoció que ciertas actividades desarrolladas por los particulares, más allá que un mero interés privado, satisfacían lo que hoy en día se ha entendido como un interés público, y por tal motivo, la forma en que estas se prestaban no era del todo libre¹³⁰.

Estados Unidos adopta de igual forma esta distinción, la cual por demás era conteste con la concepción del estado imperante en dicho país, así como el rol fundamental que la propiedad privada ejerció en el desarrollo de las instituciones estadounidenses. Por ello, no es de extrañar que la satisfacción de las necesidades básicas fuera encomendada a los particulares, con un aparato estatal encargado únicamente de regular.

Es así como es acuñada la noción de “public utility regulation” en Estados Unidos mientras que en el Reino Unido se utiliza la denominación “utilities” aunque la diferencia es principalmente terminológica (Bianchi 2006).

Como señala el autor Sorace, “...según este modelo, las actividades necesarias para satisfacer necesidades públicas –es decir, que pueden considerarse “services (...)”

¹³⁰ “Esta solución al problema tiene origen en institutos desarrollados en el common law inglés del siglo XIV, el cual distinguía entre private callings y common callings (podríamos decir entre profesiones de interés privado y profesiones de interés público) e imponía a las segundas particulares deberes en interés público” (Sorace 2006, 32)

wich are public in their nature”, pueden ser proporcionadas, tal como si fuera cualquier otra actividad económica, por empresas privadas (bajo el perfil de la propiedad y de la gestión). Sin embargo, estas empresas deben estar sometidas al control de agencias, estatales o federales, autónomas (Independent Commissions) especializadas, a fin de buscar obtener el resultado de una conciliación entre el objetivo privado de la maximización de las utilidades de la empresa con el interés público a que se asegure a la ciudadanía al prestación de servicios adecuados a precio moderado” (Sorace 2006, 32)

Se centra dicha concepción, en una función del Estado meramente regulatoria, es decir, éste no ingresa al mercado a brindar el servicio. La actividad es prestada, por el contrario, por la empresa privada, lo cual representa una diferencia esencial con los esquemas que han sido expuestos hasta el momento, en donde es el Estado quien asume la prestación de las actividades de servicio público.

En la tradición jurisprudencial estadounidense, el caso *Munn v. Illinois* fallado en 1877 (Sorace 2006, 33) es de referencia obligatoria, en donde se reconoció la importancia de estas actividades afectas a un interés público (*affected with a public interest*), y que se encuentran sometidas a una serie de restricciones legales y con responsabilidades muy puntuales para los particulares.

Es importante destacar que este fallo se produce pocos años después del *arrêt Blanco* (1873), lo que pone de relieve el efecto que el entorno político, económico y social ejercen en la formulación de estos conceptos, así como la multiplicidad de esquemas que se han desarrollado en torno a una preocupación común, a saber, la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

En dicho fallo, se cuestiona si la Asamblea del Estado de Illinois puede fijar el precio máximo para el almacenaje de granos en algunos lugares con menos de cien habitantes. Si bien en la resolución se inicia con un análisis sobre los poderes de policía propios del gobierno, en ella se reconoce la posibilidad de regular, no solo las relaciones entre los ciudadanos, sino también la forma en que estos utilizan los bienes de su propiedad; cuando ello sea necesario para el bien público, para esto, en el fallo se hace referencia a que ello ha sido costumbre tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos.¹³¹ Incluso, en la resolución de cita, se hace referencia a la décimo cuarta enmienda, en la cual requiere que los estados provean de una protección igualitaria ante la ley a todas las personas (no solo a los ciudadanos) dentro de sus jurisdicciones, ello para afirmar que la regulación de precios o el establecimiento de reglas de uso no supone, *per se*, el quebranto de esta¹³².

De allí que afirme, siguiendo al Lord Chief Justice Hale (inglés)¹³³, que cuando una propiedad se encuentre afecta a un interés público, deja de ser materia privada¹³⁴. Esto ocurre, aclara, cuando su uso tiene efectos públicos o afecta a la comunidad, lo que justifica que la colectividad ejerza control sobre dicho bien¹³⁵.

¹³¹ "Under these powers, the government regulates the conduct of its citizens one towards another, and the manner in which each shall use his own property, when such regulation becomes necessary for the public good. In their exercise, it has been customary in England from time immemorial, and in this country from its first colonization, to regulate ferries, common carriers, hackmen, bakers, millers, wharfingers, innkeepers, &c., and, in so doing, to fix a maximum of charge to be made for services rendered, accommodations furnished, and articles sold." (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html)

¹³² "From this it is apparent that, down to the time of the adoption of the Fourteenth Amendment, it was not supposed that statutes regulating the use, or even the price of the use, of private property necessarily deprived an owner of his property without due process of law. Under some circumstances they may, but not under all." (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html)

¹³³ Reseña Bianchi que desde la Edad Media, la jurisprudencia inglesa del siglo XIV había acuñado los conceptos de public callings (actividades comerciales y de interés público) y duty to use care (obrar con cuidado). (2006)

¹³⁴ "Looking, then, to the common law, from whence came the right which the Constitution protects, we find that, when private property is "affected with a public interest, it ceases to be *juris privati* only."" (http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html)

¹³⁵ "Property does become clothed with a public interest when used in a manner to make it of public consequence and affect the community at large. When, therefore, one devotes his property to a use in which the public has an

Por ello, en el antecedente que se comenta, se llegó a la conclusión de que las autoridades pueden fijar un tope al precio siempre y cuando este sea justo y razonable.

Este fallo sentó el criterio de que, tratándose de actividades de interés público (public utilities), el Estado se encuentra en la facultad de regular la forma en que esta se presta a la colectividad, manteniéndose, sin embargo, como una actividad privada, diferencia que mantendrá con el esquema francés y español que se fue analizado supra.

Posteriores fallos desarrollaron los contornos que en la actualidad asumen los “public utilities”, los cuales son sintetizados por Bianchi (Bianchi 2006) en dos etapas, la primera que va desde el ya mencionado caso *Munn v. Illinois* de 1877 hasta 1934 con el fallo *Nebbia v. New York*, el cual inaugura una segunda etapa que llega hasta la actualidad. En la primera etapa se consideraron otras actividades como propias de esta categoría como la carga, el pesado y la descarga de granos en los barcos, la actividad financiera, de compañías aseguradoras o los agentes de seguros, las cuales se diferenciaban de otras actividades que no estaban investidas (cloathed) o afectadas por el interés público, y por ende, se encontraban fuera de la cobertura de la regulación estatal.

En la segunda etapa, explica Bianchi, abandona esta diferenciación, afirmando que el Estado mantiene la posibilidad de regular actividades económicas y abandona la distinción mencionada anteriormente, descartándose que existan “public utilities” por

interest, he, in effect, grants to the public an interest in that use, and must submit to be controlled by the public for the common good, to the extent of the interest he has thus created. He may withdraw his grant by discontinuing the use, but, so long as he maintains the use, he must submit to the control.”
http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html

naturaleza. Lo que varía, en definitiva, “es el interés que despierta tal o cual actividad, lo que determina finalmente la medida de la regulación instrumentada.” (2006, 98)

El public utility, entonces, responde a una figura de regulación más que de intervención activa del Estado, que únicamente se limita a la determinación de obligación y a la vigilancia de su cumplimiento.

Con ello se genera un régimen especial, al cual las empresas privadas que deseen intervenir y prestar el servicio, se someten en forma voluntaria a quien le compete la organización de la producción y la distribución de los servicios es a las empresas privadas, con una serie de derechos o atribuciones especiales (Sorace 2006, 35), tales como estar protegido por la competencia, uso de vías públicas y de otros servicios locales.

Esta figura responde a la tradicional política de mercado estadounidense, en la cual, es la oferta y demanda la que conforman las fluctuaciones del mercado. De hecho, Walter Adams (citado por Bianchi) la definió como aquella actividad “*donde la mano invisible de la regulación pública ha reemplazado la mano invisible de Adam Smith para proteger a los consumidores contra tarifas extorsivas, restricciones en la producción, deterioro del servicio y discriminaciones arbitrarias.*” (Bianchi 2006, 85)

Sin embargo, podemos reconocer algunas similitudes con la figura francesa de servicio público, dentro de las cuales se destaca que su especial tratamiento es una consecuencia de que están dirigidos hacia la colectividad, es decir, el interés que esta tiene en su adecuada prestación. Por tanto, requieren ambos de un sistema lo suficientemente estructurado que permita la equidad en la contraprestación.

Tenemos por tanto, un mismo elemento definitorio de la categoría jurídica, cual es el interés general, como hecho generador de este tipo de servicios, en sus diferentes aristas.

Dentro de otras semejanzas, se puede citar la fijación tarifaria, aspecto esencial dentro de la figura anglosajona, la necesidad de que el particular cuente con un título habilitante¹³⁶ así como el hecho de que se pueda desarrollar directamente por el Estado (aspecto que no debe ser confundido con una titularidad estatal)¹³⁷.

Sección VI.- Recapitulación.

Como se puede extraer de lo expuesto sobre el desarrollo de la noción objeto de esta investigación en cada uno de los países analizados, este se dio en forma más o menos autónoma, en donde a pesar de la influencia que la doctrina francesa ejerció en algunos, la conformación del concepto de servicio público (o su análogo) asumió contornos propios de acuerdo a la realidad nacional.

Así, procurando hacer una breve síntesis, se puede indicar que Francia construyó un concepto particular, el cual ejerció una influencia directa sobre España, al punto que en algún momento se importó la figura en términos idénticos, para luego dar paso a modificaciones concretas.

¹³⁶ “A su vez, esta decisión, que normalmente es el resultado de un procedimiento competitivo, recibe nombres diferentes según la legislación aplicable en cada caso. Así, puede denominarse simplemente autorización, licencia (licence); certificate of public convenience and necessity (certificado de necesidad o conveniencia pública) o bien designación (appointment). Todas estas denominaciones suelen agruparse bajo el nombre general de franquicia (franchise) tomado del derecho privado.” (Bianchi 2006, 99)

¹³⁷ “Si bien las public utilities esencialmente prestadas por los particulares, ello no constituye una constante absoluta, pues hay varias excepciones. Una de ellas es la National Rail Passenger Corporation (también conocida como AMTRAK), una compañía pública, creada por ley, que presta el servicio de transporte ferroviario de pasajeros. Otra excepción es la Tennessee Valley Authority (TVA), creada por el Congreso en 1933 para atender, entre otros, los problemas energéticos del llamado valle de Tennessee. Se trata de una corporación íntegramente pública que lleva a cabo numerosas actividades, entre ellas, la generación de energía.” (Bianchi 2006, 123)

A pesar de lo anterior, España sigue muy de cerca la doctrina y jurisprudencia francesa y procura mantenerse fiel al concepto francés, aunque bajo el entendido de que el entramado jurisdiccional no depende de esta noción para establecer sus competencias como en el país vecino, por lo que adquirió un carácter más material, como una forma específica y concreta del actuar administrativo, la cual coexistía con la actividad de policía y fomento. Incluso, como se indicó, la exigencia de titularidad estatal deriva de un cierto entendimiento parcial del concepto francés.

Por su parte Alemania, a pesar de que entra dentro de la esfera de influencia francesa, no asume directamente el concepto, dando lugar a una construcción ideológica y estructural más alejada. La “*daseinvorsorge*” en la actualidad constituye un título legitimante de la actividad prestacional estatal más que una figura del derecho administrativo. Al decir de F. Moderne, “*apenas tiene contenido jurídico propiamente dicho y de ello no se puede derivar la vinculación a un determinado régimen jurídico.*” (Moderne 2006, 14). Podría afirmarse que se trata más de un aspecto de la filosofía jurídica como elemento teleológico del actuar administrativo.

En el otro extremo del haz se ubicaría la vertiente anglosajona, representada a nivel europeo por Inglaterra, en donde la Administración Pública no asumió la prestación directa de las actividades, como en el caso de los otros ordenamientos mencionados, sino que bajo el concepto de *public utilities*, se dejó a la iniciativa privada la satisfacción de las necesidades de los particulares, en donde la intervención estatal se limitaba lo más posible, la intervención estatal y la garantía de la prestación se daba a través de la regulación.

Ahora bien, al margen de las diferencias apuntadas, de lo expuesto hasta este punto se pueden extraer algunas conclusiones de particular interés a efectos de tomar en cuenta de cara al análisis del servicio público en Costa Rica y el pretendido nuevo concepto que se maneja actualmente a nivel doctrinal.

En primer término, se debe señalar que las figuras a las que se ha hecho referencia responden a un mismo fenómeno. Todas ellas procuran satisfacer necesidades esenciales de la colectividad. Desde los antecedentes más remotos, en una etapa anterior al surgimiento del Derecho Administrativo, los detentadores del poder público se han visto en la obligación de encargarse de una serie de actividades en beneficio de los particulares.

Lo anterior pone en evidencia la posición que respecto de la figura ha asumido históricamente el Estado, en donde, aún en el caso de mayor repliegue, la intervención administrativa ha sido una constante hasta la fecha, incluso bajo la modalidad de lo que se ha denominado como el “nuevo concepto de servicio público” en la doctrina europea.

Con ello, se introduce la segunda conclusión sobre el particular. Esta obligación se materializó en diversas figuras jurídicas pero todas persiguen la misma finalidad. Comparten todas ellas, una misma razón de ser teleológica que se encuentra ínsita a nivel ontológico. Tomando prestados elementos de la filosofía clásica, su sustancia, es decir, lo que permanece inmutable, es precisamente este elemento. Su existencia se encuentra ligada al cumplimiento de esta meta.

Si bien esto parece ser una argumentación metajurídica no lo es, en la medida en que atender las necesidades esenciales de la colectividad se erige como un

elemento fundamental del servicio público, y por lo tanto, permite acercarse a una noción material, y no meramente subjetiva o voluntarista.

Como consecuencia de lo anterior, en todos los ordenamientos analizados, la actividad que se considera como servicio público tiene como nota determinante la confluencia de un interés general.

La segunda característica que se logra extraer es que, a pesar de tener un fundamento similar, cada sociedad ha optado por garantizar su cumplimiento mediante distintas técnicas, las cuales van, desde el otorgamiento de la titularidad de la actividad al Estado hasta la mera regulación y fiscalización del actuar de los prestatarios privados.

Si bien en todos se comparte una misma aspiración, los métodos escogidos para darle cabal cumplimiento varían radicalmente, por lo que no se puede afirmar la existencia de una noción con cierto grado de universalidad o intersubjetividad. Por el contrario, queda claro que incluso en cada ordenamiento, es preciso tomar en cuenta el momento particular en el que se pretende formular la definición, al depender del contexto social, político y económico.

Las distintas crisis por las que ha pasado el servicio público confirman lo dicho hasta este momento sobre la relación directa que existe entre el concepto mismo y las circunstancias históricas, políticas, económicas y sociales imperantes en un momento dado.

Conforme se dio una expansión de la actividad estatal, concomitantemente se cuestionaron algunos de los elementos esenciales que caracterizaban la figura en comentario. Igual situación se generó en la medida en que las necesidades de las

personas empezaron a ser cubiertas por la iniciativa privada. Así, se pone de manifiesto el dinamismo del concepto de servicio público, el cual se encuentra constantemente en evolución, adaptándose a las nuevas necesidades de la colectividad, y por ende, a los cambios en cuanto a la forma más efectiva de satisfacerlas.

Si bien la anterior situación ha traído como consecuencia que la figura en análisis haya perdurado hasta nuestros días, a pesar de las profundas crisis en las que ha sido cuestionada la definición misma, resulta claro las dificultades que tal característica conlleva para lograr una definición clara y exacta del servicio público.

Sección VII. Confluencia de tradiciones en el marco de la Unión Europea

Como se puede observar del recuento recién realizado, cada ordenamiento jurídico que se analizó desarrolló una figura con características propias a pesar de la influencia que ejerció Francia sobre buena parte de los países de Europa continental.

En este escenario, Francia e Inglaterra se erigen como los dos extremos dentro de los cuales se pueden ubicar los restantes ordenamientos patrios en lo que concierne al servicio público o las figuras que le son asimilables.

Del análisis realizado en los apartados anteriores y de la síntesis contenida en las líneas precedentes queda claro lo variopinto del fenómeno, en el cual se pueden apuntar más las divergencias que las similitudes.

No obstante lo anterior, el proceso de integración que inició con la Comunidad Económica Europea y culminó con la conformación de la Unión Europea¹³⁸ los hizo confluir y coexistir en un único ordenamiento jurídico, lo que inevitablemente generó tensiones, no solo por la difícil armonización de las distintas tradiciones, sino por la imperiosa necesidad de que estas se cohesionen con los conceptos propios del derecho comunitario.

Es preciso señalar que, en lo que interesa para esta investigación, lo recién indicado no solo se da respecto de la figura del servicio público sino que también en cuanto a algunos aspectos relacionados con el modelo de Estado, el cual, como se ha explicitado, ejerce una influencia directa en la figura, máxime en la medida en que el concepto mismo de soberanía debe ser reevaluado frente a la tendencia integradora, que procura la creación de estructuras supranacionales, las cuales, para su propia supervivencia, se ven en la necesidad de acoplar las distintas realidad jurídicas de forma tal que se pueda dar una efectiva integración de los sistemas económicos¹³⁹.

¹³⁸ Éste es el resultado de un largo desarrollo que inició con una integración de tipo comercial. Tal situación es explicable a partir de una premisa básica fundamental, cual es, que la integración política debe ser precedida, necesariamente, de una integración de los respectivos mercados. Originariamente, la idea integracionista surge a partir de la Segunda Guerra Mundial, con la intención de evitar un nuevo conflicto que pueda derivar en una escalada militar. Dentro de los distintos antecedentes, es preciso citar el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1951 y los Tratados de Roma, firmados en 1957, los cuales son los tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Los países europeos dedicaron ingentes esfuerzos a fortalecer el mercado común creado en el Tratado de Roma, complementado mediante el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya en 1987, la cual procuraba introducir las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior. Una vez consolidada la integración económica en la Comunidad Económica Europea, se inició el proceso para pasar a una integración política, el cual derivó en la firma en 1992 del Tratado de la Unión Europea (también conocido como Tratado de Maastricht), el cual, además de sustituir el nombre de la antigua Comunidad Económica Europea por Comunidad Europea, crea una nueva estructura con tres pilares, de naturaleza tanto económica como política. Como consecuencia de esta integración política y delegación de soberanía en instituciones comunes, se da la creación del Banco Central Europeo y del euro, como moneda de curso legal de los distintos países que integran la Unión Europea, manifestación inequívoca de una delegación de parte de la soberanía monetaria de los Estados. El último estadio de este proceso de integración se dio, en el 2004, con la adopción de la Constitución Europea, la cual se encuentra en proceso de ratificación por parte de los parlamentos de los 25 Estados miembros.

¹³⁹ Para una efectiva integración, es preciso que los sistemas económicos se encuentren integrados, de forma tal que se pueda garantizar la libre circulación de las personas, de los bienes y de los servicios, tal y como ocurre a lo interno de los países. Así las cosas, un requisito fundamental es que las reglas bajo las cuales se puede dar dicho

A nivel jurídico, es dable afirmar que el proceso de integración de la Unión Europea ha repercutido en gran escala sobre el derecho público de los Estados, ya que sus implicaciones dejan de ser de corte eminentemente económico, para referirse a materias de regulación interna y de organización administrativa y jurídica del Estado. Una de las muestras más claras de esta afirmación se puede ubicar en la normatividad de la intervención económica de los Estados, en la cual se establecen reglas mínimas que deben ser obedecidas con el fin de garantizar la integración, procurando el establecimiento de ciertos estándares en aspectos medulares, es decir, se viene a “europeizar” algunas decisiones que, anteriormente, eran soberanas.

Es importante mencionar que no se trata de una simple cesión de soberanía, sino que por el contrario, este proceso debe entenderse dentro de la lógica del proceso de integración¹⁴⁰, en donde el mismo concepto de soberanía se ve modificado, y los Estados parte acuerdan y aceptan una soberanía supranacional, ejercida por órganos representativos, de índole administrativo, parlamentario y judicial creados al efecto con competencias supranacionales. Dentro de este proceso, los Estados ceden parte de su soberanía con el objeto de transferirla a este ente supranacional, al cual pertenecen, creando una unidad entre los Estados integrantes, con una moneda en común y libertad de tránsito entre las naciones integrantes de la Unión.

Las implicaciones se comprenden de manera más diáfana una vez que se toma en consideración la primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno, de tal

intercambio sean claras y, en la medida de lo posible, uniformes, a efectos de que exista un ámbito mínimo de seguridad jurídica. Bajo este razonamiento, debe procurarse que exista cierto consenso respecto del contenido jurídico de ciertos conceptos.

¹⁴⁰ “Como es bien conocido, el proceso de integración europea se ha producido a través de un proceso gradual de integración económica desarrollado partiendo de la idea rectora que la formación de un mercado común constituía el fundamento necesario de una integración política.” (Malaret I García 1998, 78)

forma que, por la estructura piramidal de las fuentes jurídicas, las disposiciones comunitarias vienen a modificar aspectos propios del derecho público interno¹⁴¹.

En lo que atañe al servicio público, esto se debe a que como parte del proceso de integración, resultaba necesario profundizarlo aún más a nivel de los mercados. En un primer momento, se eliminaron gradualmente las fronteras comerciales y las restricciones de ingreso de bienes y servicios, pero conforme se avanzó en la consolidación de la Unión Europea, se hizo necesario establecer reglas de mercado relativamente homogéneas entre los distintos estados.

Lo anterior afectó sensiblemente aquellas actividades que, en los distintos ordenamientos, eran consideradas servicio público. Al confluir las distintas tradiciones en un único mercado se generó el problema de que una misma actividad era considerada en ciertos países como iniciativa privada (aunque regulada) mientras que en otros era de titularidad estatal, y por ende, excluida del ámbito tutelado de la libertad de comercio o identificaba el actuar administrativo y servía como criterio competencial en la materia contencioso administrativa, separándose este tipo de asuntos del derecho y la jurisdicción común. Esto generaba, como resulta evidente, desigualdades en cuanto a los derechos económicos de los ciudadanos de los Estados Miembros, situación que era manejable bajo el esquema de la Comunidad Económica Europea pero constituía una seria limitación en el concepto de la Unión Europea.

En este contexto, y en lo que interesa para esta investigación, el tratado de Maastricht incorpora el artículo 86¹⁴², el cual reguló el tema bajo la figura del servicio

¹⁴¹ El principio de supremacía del derecho comunitario "obliga a que el Derecho público, y especialmente el Derecho público económico, sea interpretado de acuerdo con el Derecho común europeo, y, con ello, condiciona en gran medida las posibilidades de actuación del sector público" (Sendín García 2003, 179)

económico de interés general, en el cual “*se ha visto un sello de identidad de la sociedad europea*” (Laguna de Paz 2009, 51). Indicando que “*Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.*”¹⁴³

Sobre el particular, es preciso indicar que este concepto ha sido desarrollado tanto por el Tribunal de Justicia como por los órganos administrativos europeos encargados de la implementación del Tratado.

La norma no utiliza el concepto de servicio público, ya por demás impreciso, sino que introduce una nueva noción, cual es el de servicios de interés económico general y que destaca lo que se ha venido exponiendo en torno al principal punto en común entre las distintas acepciones de servicio público en los países analizados, a saber, la satisfacción de un interés general de la colectividad mediante una actividad prestacional. Esta situación se debe, como lo señala el autor español Tomás Ramón Fernández (Fernández, Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy 1999), a las distintas realidades y tradiciones adoptadas por los Estados europeos para solucionar algunas de las necesidades esenciales de sus habitantes, haciendo

¹⁴² Este artículo se encuentra inserto dentro del capítulo I “Normas sobre Competencia” del Título VI “Normas comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de Legislaciones”.

¹⁴³ Artículo 86.2 versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

obligatoria la utilización de una noción, en principio, neutra, que permitiera la coexistencia de las distintas y contrapuestas tradiciones en los Estados miembros¹⁴⁴.

En definitiva, el concepto de servicio de interés general incorporado en el Tratado Europeo es uno de los factores principales que ha modificado la prestación de los servicios públicos por parte de los Estados europeos.

En el Libro Verde sobre los Servicios de Interés General, luego de indicar que el Tratado no contiene una definición de esta figura, afirma que *“en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.”* (Comisión de las Comunidades Europeas 2003)

Desde esta perspectiva, estas obligaciones de servicio público que se mencionan son identificadas como el establecimiento de un servicio universal, la calidad del servicio y la asequibilidad.

Dado que el origen del concepto se da, como se ha expuesto, como consecuencia del choque de dos modelos de Estado, la discusión en torno al mismo no

¹⁴⁴ Al respecto, elabora el autor: “La Comunidad Europea tenía que utilizar, por lo tanto, necesariamente una terminología diferente capaz de comprender esas dos tradiciones (más que sensibilidades, que en este punto no hay diferencia) distintas. Y tenía que hacerlo, como es natural, en la línea de su propia lógica, que fue desde la primera hora la de la libertad, entendida ésta no en un sentido ideológico, lo que no hubiera sido posible en el momento fundacional del Mercado Común supuestas las diferencias políticas existentes entre los Estados —y los Gobiernos— fundadores, ni necesario tampoco en razón de los limitados objetivos perseguidos, sino en un sentido estrictamente funcional, como presupuesto estructural de ese mercado más amplio que pretendía construirse.” (pág. 63) A mayor abundamiento, resulta ejemplificante lo establecido por el autor Sendín García (2003, 302), quien afirma: “Debe tenerse en cuenta que, pese a que en todos los países integrantes de la Unión europea cuentan con una tradición común de intervención en aquellas actividades que tienen una mayor trascendencia para los intereses generales, no tiene dicha intervención un carácter uniforme, pues cada Estado la dota de sus propias características. Se puede hablar de una cierta homogeneidad, aunque no exenta de importantes diferencias, en algunos países que toman como base la noción francesa de *service public*, como nuestro propio país o Italia, mientras que otros como el Reino Unido y Alemania se alejarían de este modelo. Ante esta situación, los redactores del Tratado decidieron no tomar partido a favor de ningún sistema nacional, dando lugar al nacimiento del concepto de servicio de interés económico general, que es, en consecuencia, una noción de creación estrictamente comunitaria, a la que se trata de dar una extensión amplia, con el fin de que sea capaz de comprender el mayor número de supuestos posibles, haciendo abstracción de las peculiaridades nacionales.”

son del todo pacíficas, como se puede esperar, en la medida en que el esfuerzo interpretativo para determinar este concepto jurídico indeterminado es tierra fértil para la contraposición de diversas posiciones ideológicas en cuanto al rol del mercado. En este sentido, como señala Laguna de Paz, en el fondo de la pregunta se encuentra la interrogante de si los servicios que presentan un alto componente social deben ser prestados por el mercado, por el Estado o con la participación de ambos, y en este último supuesto, en qué medida y bajo qué figura, lo que genera la colisión de posiciones ideológicas, económicas y las mismas idiosincrasias de los Estados miembros¹⁴⁵.

Precisamente, la incorporación de esta normativa europea tuvo como resultado el surgimiento de lo que ha sido denominado un “nuevo concepto de servicio público”, el cual está caracterizado por someter los servicios económicos de interés general a un régimen de competencia en el mercado.

De conformidad con esta concepción, se parte de que la actividad es iniciativa privada, y por ende, sometida a las reglas de la competencia, con un retraimiento del Estado en lo que atañe a la prestación. Aunque no necesariamente implica una exclusión de la participación de empresas públicas, ciertamente no es lo pretendido. Este es uno de los campos en donde más se da el conflicto a que se hizo referencia en las líneas precedentes.

¹⁴⁵ “las concepciones: (i) más intervencionistas, proclives a garantizar con medios públicos su prestación; (ii) y a las más liberales que confían en mayor medida en el mercado para la satisfacción de las necesidades sociales. Desde otra perspectiva, el conflicto también se produce entre las corrientes: (i) más europeístas; (ii) y las más favorables a la autonomía estatal. Los Estados se resisten a ceder competencias en relación con prestaciones esenciales para sus ciudadanos, mientras que las instituciones europeas tratan de extender el mercado interior al mayor número de servicios y actividades.” (Laguna de Paz 2009, 51)

Resulta ejemplificante de la extensión de esta nueva figura lo indicado por Ariño Ortiz (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004) sobre este cambio. Claro está, debe tomarse en cuenta que escribe desde la perspectiva española en donde el servicio público está asociado al establecimiento de un monopolio de iure. *“Se debe partir señalando la esencia del cambio en el concepto y régimen del servicio público: consiste en el paso de un sistema de titularidad pública sobre la actividad, concesiones cerradas, derechos de exclusiva obligación de suministro, precios administrativamente fijados, carácter temporal (con reversión/rescate en todo caso) y regulación total de la actividad, hasta el más mínimo detalle, a un sistema abierto, presidido por la libertad de entrada (previa autorización reglada), con determinadas obligaciones o cargas de servicio público (se trata de un servicio de interés general, esencial para las gentes), pero con libertad de precios y modalidades de prestación, con libertad de inversión y amortización y, en definitiva, en régimen de competencia abierta, como cualquier otra actividad comercial o industrial, en la que hay que luchar por el cliente (no hay mercados reservados ni ciudadanos cautivos).”* (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004, 609-610)

Como se puede observar, bajo la óptica de Ariño, el principal cambio consiste en que se potencia el mercado, y en la aptitud de este para garantizar la calidad del servicio. Es, en el fondo, un servicio liberalizado a la economía de mercado.

Ahora bien, por tratarse de actividades asociadas a un interés, se imponen una serie de restricciones y limitaciones así como potestades regulatorias en favor del

Estado. En este sentido, se puede observar una prevalencia del modelo anglosajón por encima del de tradición francesa, lo cual puede responder a su afinidad con el libre desarrollo de la iniciativa privada, el cual, es un contenido de los tratados comerciales que antecedieron a la Unión Europea y forman parte del espíritu de su constitución.

Así, debido a que en ciertos servicios el acceso a la infraestructura puede constituir tanto una limitación para los oferentes como para los destinatarios del servicio, se impone la obligación de que, en caso de que esta sea propiedad de un operador del mercado, garantice el acceso a los demás competidores. Esto con la clara finalidad de compensar una eventual distorsión del mercado generada por la tenencia de una infraestructura cuyo costo sea prohibitivo para nuevos oferentes, o bien, porque carezca de sentido la creación de una estructura paralela¹⁴⁶.

Ahora bien, lo principal de esta noción es la imposición de obligaciones de servicio público a los prestatarios, en particular, la obligación de garantizar el servicio universal.

A) Imposición de obligaciones de servicio público

Se trata, expuesto en términos de la teoría económica, de un mecanismo mediante el cual se pretende que el Estado pueda corregir tanto los fallos del mercado como la falta de interés de la iniciativa privada de cubrir las necesidades de ciertos sectores de la sociedad por no ser rentables.

En esencia, estas obligaciones son “(i)*prestaciones forzosas de carácter singular; (ii) voluntariamente asumidas por los interesados o –en su defecto- impuestas*

¹⁴⁶ Ejemplo de esto se vivió en Costa Rica con ocasión del acceso e interconexión de los operadores privados de telecomunicaciones a la red del Instituto Costarricense de Electricidad, titular de la infraestructura básica y como agente dominante del mercado de las telecomunicaciones.

por la Administración; (iii) bajo la cobertura del principio de indemnidad patrimonial.”
(Laguna de Paz 2009, 378)

Es así como surge la noción de servicio universal, la cual para algunos autores, constituye la nueva cara del servicio público o al menos, la actualización de su razón de ser¹⁴⁷.

Para el autor español Ariño Ortiz (Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004, 624), por servicio universal debe entenderse *“aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta.”*

La Comisión de las Comunidades Europeas lo define como *“un conjunto de requisitos de interés general que garantizan que ciertos servicios se ponen a disposición, con una calidad especificada, de todos los consumidores y usuarios en todo el territorio d un Estado miembro con independencia de su situación geográfica y, en función de las circunstancias nacionales específicas, a un precio asequible.”*
(Comisión de las Comunidades Europeas 2003, 17)

Se trata, así, de aquellas actividades mediante las cuales se pretende solucionar necesidades sociales, consideradas de interés público, y que de otra forma no serían brindadas por la iniciativa privada, ya sea por su onerosidad, o por las características propias de la actividad.

¹⁴⁷ “El servicio universal ha retomado el carácter emblemático de la noción de servicio público, adoptando la misma imagen benefactora que lo presenta como vehículo de igualdad y justicia social, que siempre se dio a éste. Constituyendo una auténtica expresión del proceso en marcha, que no pretendió nunca acabar con los fines del Estado social, sino mejorar los medios de lograrlo.” (Sendín García 2003, 296)

Son actividades en las que los particulares, destinatarios del servicio, son los titulares de un derecho, o al menos un interés legítimo, que les permite exigir su prestación. Ante la reconocida exigibilidad de los derechos sociales, los servicios universales constituyen el mecanismo mediante el cual se pone a disposición de los titulares de éstos las prestaciones que constituyen el objeto de la relación jurídica mediante la cual se obliga al Estado a su garantía.

Se trata de la imposición de estas obligaciones a sujetos privados mediante la aplicación de un régimen especial o cualificado, instrumentalizado a través de una regulación mucho más intensa y ordenatoria sobre los sujetos privados, con el establecimiento de obligaciones de prestación del servicio en determinadas condiciones, intensificando la relación de sujeción. Se trata de un nuevo título de intervención administrativa para garantizar la prestación de las necesidades sociales.

En este sentido, debe aclararse que la prestación de estos servicios universales no puede suponer una vulneración de la libertad de empresa, en particular, el equilibrio económico de la relación jurídico administrativa de contenido económico. Por ello, bajo el desarrollo que tiene esta figura en la Unión Europea, no es el prestatario el que asume los costos sino que se hace bajo un principio de solidaridad, es decir, recibe una contraprestación que cubra sus costos y obtenga una ganancia razonable la cual puede provenir de distintos mecanismos de financiamiento o ayudas públicas. Evidentemente, el esquema escogido para garantizar esto puede variar según los diferentes Estados e incluso dependiendo de la actividad.

El concepto de servicio universal procura la solución de aquellas necesidades sociales de los habitantes de un territorio mediante la prestación de determinadas

actividades en un régimen propio del concepto tradicional del servicio público. En virtud de lo anterior, se ha afirmado respecto de esta noción que *“aglutina todo el componente social de la noción de servicio público conciliando este último concepto con la economía de mercado. El componente social será lo que, en definitiva, justifique la intervención de los poderes públicos poniendo de manifiesto cómo su posición no consiste tanto en prestar una determinada actividad como en garantizar que sea prestada de una determinada forma.”* (Villar Ezcurra 1999, 208)

La prestación de estas actividades bajo la égida de las reglas de la libre competencia ha constituido la esencia del cambio conceptual del servicio público partiendo de una actividad que, a pesar de ser brindada por sujetos privados, debe ser brindada bajo los mismos principios tradicionales del servicio público, y donde el servicio universal se presenta como el ligamen con la tradición que se abandona y que permite dar cumplimiento a las finalidades sociales que desde su origen se encuentran asociadas a este.

En este sentido, resulta sumamente ilustrativa la manifestación de Sendín García al señalar que dicho cambio dogmático supone el paso de una noción subjetiva de servicio público a una objetiva¹⁴⁸

En el caso de los ordenamientos francés y español, esto representó un cambio sustancial respecto de los conceptos imperantes del servicio público, en particular para los primeros, generando una nueva crisis.

¹⁴⁸ “Se puede decir que existe servicio público objetivo cuando una actividad adquiere tal carácter sin que se produzca asunción de la titularidad de la misma por el sector público. De tal modo que, aunque sigue constituyendo una actividad propia de los sujetos privados, es sometida a un control público más denso de lo habitual, que permite a los poderes públicos ordenar y dirigir esa actividad.” (Sendín García 2003, 297)

Esto se debe a que en ambos casos, el servicio público estaba íntimamente ligado al actuar administrativo, y la iniciativa privada en esta materia dependía de la delegación que se haga por parte del poder público. Así, la normativa comunitaria supuso un cambio radical al otorgarle preponderancia a la iniciativa privada para satisfacer las necesidades de la colectividad.

Los conceptos alemanes, aunque en ciertos aspectos asimilables al derecho francés, lo cierto es que, en la medida en que la procura existencial se ha identificado con la actividad prestacional de la Administración, se trata de una figura mucho más flexible, alejada de la concepción del Estado, por lo que el cambio no supuso un reto particular. Al decir de Bullinger, *“la división del régimen jurídico de la Administración prestacional en un régimen competitivo normal dirigido por Bruselas y un régimen social adicional dirigido por Alemania no crea problemas insuperables.”* (Bullinger 2005, 44)

Como resulta evidente, en el caso de Inglaterra, en donde se desarrolló el concepto de public utilities, este paso no representó una variación sustancial.

Capítulo Segundo: Aproximación fenomenológica al servicio público en Costa Rica.

En la primera parte de esta investigación, se analizaron los contornos que la noción de servicio público (o su concepto análogo) ha presentado en algunos ordenamientos jurídicos europeos, haciendo especial énfasis en el francés y el español debido a la particular influencia que han ejercido en el desarrollo del derecho público costarricense.

En esta segunda parte, interesa analizar la evolución que el instituto objeto de estudio ha tenido en Costa Rica. Sin embargo, al hacerlo, más allá de una descripción histórica, interesa establecer la realidad, tanto práctica como jurídica, a la que se enfrenta el jurista costarricense al abordar esta cuestión y confrontarlo con la doctrina a la que mayoritariamente se tiene acceso.

En este sentido, se pretende hacer un acercamiento fenomenológico de dicho concepto jurídico. Es importante aclarar que no se pretende aplicar en puridad de términos esta metodología filosófica, la cual no se encuentra exenta de críticas, pero sí algunos de sus principios en la medida en que ayudarían a eliminar algunas preconcepciones que puedan existir en torno al tema¹⁴⁹.

La fenomenología, en términos de Husserl y Heidegger, sus máximos exponentes, parte del supuesto de que el ser humano, al conocer las cosas, lo hace partiendo de una serie de prejuicios o preconcepciones, es decir, define las cosas basándose en un juicio previo, y no en la ontología misma de la cosa. Como explica J.

¹⁴⁹ “Por más que la voz “fenomenología” aparezca rechazada en la actualidad –tesis que deberá aceptarse casi arbitrariamente y ex hypothesi, pues no es el propósito de esta contribución el esclarecerla- y cause la impresión de haber recaído en una falta de vigencia (soterrada bajo nuevas designaciones como postestructuralismo, desconstruccionismo, pensamiento de la diferencia, hermenéutica genealógica del sujeto, metaforología, etcétera), sus motivos perviven merced a los caminos avizorados y abiertos por medio de su impronta.” (Masís 2009, 91)

Masís, *“la episteme, precisamente, se diferencia de la dóxa, porque no se deja embaucar en la patencia de lo apariencial”* (Masís 2009, 99)

Ante ello, la fenomenología propone volver a la cosa misma, y suspender ese juicio, para así llegar a un conocimiento más claro del objeto de análisis.

Así, no se tiene otro objetivo más que el evitar, en la medida de lo posible, la tendencia de acomodar la realidad a cualquier juicio previo que exista a efectos de mantener uno u otro concepto sino, por el contrario, a partir de esa realidad, formular alguna explicación de ese fenómeno que, desde el punto de vista jurídico, se ha denominado servicio público.

La única intención en este sentido es explayar que el objeto de análisis constituye un fenómeno, es decir, la manifestación de un estado de cosas, y como tal, pueden concurrir una serie de preconcepciones y supuestos que dificultan su aprehensión.

Para ello, interesa iniciar por la descripción de lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia sobre el servicio público, así como de las características de algunas de las actividades más representativas que están destinadas a satisfacer necesidades de la colectividad y en las cuales confluya un interés general. En este sentido, resulta claro que el presente análisis parte de un a priori: existe un vínculo estrecho e innegable entre la concepción de servicio público y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, lo cual, se derivó de las conclusiones de la primera parte de esta investigación.

Esto, además demuestra que no se trata de aplicar un método fenomenológico, sino únicamente una aproximación a partir de algunos de sus postulados, en particular, suspender el juicio al momento de acercarse al fenómeno.

Para ello, se analizarán los servicios de suministro de agua potable, recolección de residuos, la educación, el transporte público y telecomunicaciones. Por último, debe señalarse que no se pretende hacer un desarrollo integral de cada una de las actividades seleccionadas, sino que por el contrario, únicamente se llevará a cabo una descripción de las principales caracteres que presenta y que responda a los elementos que han sido desarrollados hasta este punto.

Sección I.- Análisis del contenido de la generación de leyes nacionales

A) Servicios asistenciales o sociales

En este apartado, se propone tomar como ejemplo dos actividades que resultan fundamentales para la colectividad como lo son la recolección y tratamiento de desechos sólidos y el suministro de agua potable.

La selección realizada, se justifica al tratarse de dos actividades imprescindibles para garantizar la salud pública y el ambiente. Ambas componen necesidades básicas de cualquier persona en su vida cotidiana y cuya satisfacción, en la mayoría de los casos, escapa de las posibilidades individuales de estas.

Partiendo de la hipótesis de que el servicio público se vincula indefectiblemente con la satisfacción de las necesidades esenciales del ser humano, el régimen jurídico bajo el cual se encuentran estructuradas resulta relevante para valorar dicho concepto.

a. Descripción del tratamiento

La primera constatación que se debe realizar respecto de estas actividades es que la Administración Pública ha asumido directamente la prestación de estos servicios. En el caso de la recolección de desechos sólidos, es una competencia que recae sobre los distintos entes territoriales en virtud de lo que dispuso en su momento el numeral 280 de la Ley General de Salud¹⁵⁰ y posteriormente el precepto 8 de la Ley para la Gestión Integral de Residuos del año 2010¹⁵¹ (Ley 8839).

La primera de estas normas calificaba esta actividad como servicio público y establecía la obligatoriedad de su prestación. La segunda, mantiene la recolección de residuos dentro de las competencias municipales pero elimina cualquier tipo de calificación al respecto. El legislador utilizó, en esta ocasión, el verbo “garantizar” como acción que le corresponde realizar al ente local.

Adicionalmente, debe señalarse que tanto la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República como la constitucional emitida por la Sala Constitucional se han pronunciado sobre este servicio en los siguientes términos.

En el caso de la jurisprudencia administrativa, en un primer momento, los criterios emanados por la Procuraduría General de la República afirmaban que la recolección de desechos era un servicio público a partir de la cita del numeral 280 de la

¹⁵⁰ Indica dicha norma: “El servicio de recolección, acarreo y disposición de basuras, así como la limpieza de caños, acequias, alcantarillas, vías y parajes públicos estará a cargo de las Municipalidades las cuales podrán realizarlo por administración o mediante contratos con empresas o particulares, que se otorgarán de acuerdo con las formalidades legales y que requieran para su validez la aprobación del Ministerio. / Toda persona queda en la obligación de utilizar dicho servicio público y de contribuir económicamente a su financiamiento de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes.”

¹⁵¹ “Las Municipalidades serán responsables de la gestión integral de los residuos generados en su cantón; para ello deberán: [...] d) Garantizar que en su territorio se provea el servicio de recolección de residuos en forma selectiva, accesible, periódica y eficiente, para todos los habitantes, así como de centros de recuperación de materiales, con especial énfasis en los de pequeña y mediana escala para la posterior valoración.”

Ley General de Salud. Es decir, la razón de esta calificación era la existencia de una disposición legal en tal sentido¹⁵².

No obstante, luego de que esta norma fue derogada, los criterios analizados inician el estudio del objeto específico que le fue consultado bajo la premisa de que la actividad es un servicio público. En este sentido, se incluye dicha afirmación, prescindiendo evidentemente de la cita del 280 de la Ley General de Salud, pero sin hacer una referencia al sustento por el que se realiza tal aseveración¹⁵³.

En el caso del Tribunal Constitucional, hasta el año 2004, las sentencias que tratan sobre el tema utilizaban diversos términos para referirse al servicio de recolección de basura, como por ejemplo: servicios urbanos (2004-4915), servicios municipales (1996-2231 y 1999-5445). No obstante, estos conceptos no son definidos en los fallos.

Ahora bien, en el voto 2004-12114 no se utilizan las expresiones indicadas sino que se afirma que se trata de un servicio público, aunque no precisa las razones en las que fundamenta esta posición. Posteriores sentencias (2005-10290, 2007-12261 y 2009-2798) siguen esta misma tendencia.

La motivación de estas sentencias tiene como punto en común que establecen como parte de su análisis un vínculo entre esta prestación y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y, a la salud, como fundamento de esta obligación. Así por ejemplo, afirma *“Para este Tribunal resulta inaceptable que los amparados, como vecinos, vean afectada su salud y su derecho a un ambiente sano y*

¹⁵² En este sentido, pueden consultarse los dictámenes: C-005-96 y el C-162-2004.

¹⁵³ En este sentido, véanse los dictámenes: C-235-2010, C-249-2010, C-273-2010 y C-145-2011.

ecológicamente equilibrado, por tener que soportar este tipo de situaciones” (2005-10290) refiriéndose a la no recolección de la basura.

El voto 2007-1563 merece un comentario aparte ya que, si bien, se basa igualmente en el derecho de las personas a un ambiente sano y equilibrado y sobre los deberes propios de los entes municipales de velar por los intereses locales. No se incluye, en esta sentencia, una referencia expresa a la noción de servicio público pero si se indica *“es de interés público el diseño, financiamiento, ejecución, operación y mantenimiento de las obras requeridas para la recolección, tratamiento y disposición final de los residuos.”*

En lo que atañe al suministro de agua potable, existe un ente público al que se le encomendó esta función (Instituto de Acueductos y Alcantarillados)¹⁵⁴. En cuanto al uso del término “servicio público”, la normativa no es clara, en la medida en que el artículo 3 de dicha ley, al establecer las competencias del instituto, señala que a este le corresponderá la ejecución de los servicios públicos descritos en esta ley.

Por otro lado, a nivel normativo, se encuentra el ordinal 60 de la Ley Orgánica del Ambiente, Ley N°7554, que impone el abastecimiento del agua para consumo humano como una responsabilidad del Estado y de las municipalidades. Por su parte, la Ley de Aguas, Ley N°276, artículos 1 y 2 disponen una afectación de este bien al dominio público¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Artículo 2 de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, ley no. 2726.

¹⁵⁵ Artículo 1º.- Son aguas del dominio público:

I.- Las de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional;
 II.- Las de las lagunas y esteros de las playas que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;
 III.- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;
 IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros;
 V.- Las de las corrientes constantes o intermitentes cuyo cauce, en toda su extensión o parte de ella, sirva de límite al territorio nacional, debiendo sujetarse el dominio de esas corrientes a lo que se haya establecido en tratados

En cuanto a la determinación del costo, el artículo 3 de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, N°2726, establece que este servicio se debe realizar al costo e indica que le corresponde a esta entidad “*elaborar las tasas y tarifas para los servicios públicos a que se refiere esta ley, prestados en el país, por empresas públicas o privadas*”.

A nivel jurisprudencial, en lo que concierne a la Sala Constitucional, la mayoría de asuntos revisados se refieren a reclamos por problemas en la distribución o por suspensión del servicio. En estos fallos, el análisis se hace desde la perspectiva de la violación al derecho fundamental al agua, el cual, sederiva del artículo 50 constitucional. En este sentido, puede citarse, a manera de ejemplo, el voto 2013-10591, en el que se señaló que “... *el líquido vital es un bien de dominio público, por lo tanto no se puede interferir o perturbar en el disfrute del derecho fundamental al agua potable a sus destinatarios.*”

De igual forma, este derecho también ha encontrado su fundamento del derecho a la salud: “*Es claro que como derivado al derecho a la salud (artículo 21 de la Constitución Política), el servicio de agua potable debe de estar al alcance de toda persona.*” (2010-16.663)

internacionales celebrados con los países limítrofes y, a falta de ellos, o en cuanto a lo no previsto, a lo dispuesto por esta ley;

VI.- Las de toda corriente que directa o indirectamente afluyan a las enumeradas en la fracción V;

VII.- Las que se extraigan de las minas, con la limitación señalada en el artículo 10;

VIII.- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional y, en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público;

IX.- Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos; y

X.- Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Artículo 2º.- Las aguas enumeradas en el artículo anterior son de propiedad nacional y el dominio sobre ellas no se pierde ni se ha perdido cuando por ejecución de obras artificiales o de aprovechamiento santeriores se alteren o hayan alterado las características naturales.

Exceptúanse las aguas que se aprovechan en virtud de contratos otorgados por el Estado, las cuales se sujetarán a las condiciones autorizadas en la respectiva concesión.

La Procuraduría General de la República (PGR en adelante), por su parte, lo trata como un servicio público, sin incluir la definición con base en la cual así lo considera o, sin incorporar en la motivación de los dictámenes las razones por las cuales hace esta afirmación¹⁵⁶.

Finalmente, en el dictamen C-397-2003, luego de diferenciar entre los servicios públicos administrativos y los de carácter industrial y comercial¹⁵⁷, la PGR ubica el servicio de agua potable dentro de estos últimos. Los criterios emanados con posterioridad a este, remiten al análisis realizado en el 2003¹⁵⁸.

b. Análisis Crítico

Como se puede observar del recuento realizado, con excepción del derogado numeral 280 de la Ley General de Salud, las actividades en cuestión son consideradas como servicio público, pero ello más en atención a criterios jurisprudenciales que a una declaratoria expresa a nivel legislativo.

De igual forma, este tratamiento se ha basado, principalmente, en la tutela de derechos fundamentales, y el análisis contenido en las resoluciones se da a partir de este entendimiento. Parece no interesar la calificación de la actividad, sino únicamente el énfasis en el derecho fundamental que se satisface a través de esta.

De hecho, no en todos los casos se le califica como servicio público, por el contrario, el caso de la recolección de residuos, los análisis judiciales le han otorgado

¹⁵⁶ Véanse los dictámenes C-185-95 y C-082-96.

¹⁵⁷ Los servicios públicos administrativos serían aquellos que “entrañan el ejercicio de potestades públicas, necesariamente prestados en forma directa”, los que incluyen “los servicios de defensa del Estado, la justicia, los servicios en orden al estado civil de las personas; la dirección, vigilancia y control del sistema penitenciario, por lo que resultan actividades absolutamente indelegables”; mientras que los industriales “se caracterizan porque se refieren a actividades de producción e intercambio de bienes y servicios [...] normalmente remunerados mediante precios públicos”

¹⁵⁸ Pueden mencionarse los siguientes: C-152-2008, C-435-2008

otra serie de calificativos o términos que difícilmente podrán ser reconducidos al primero.

Ahora bien, el tratamiento otorgado a nivel legal de ambas actividades, no se distancia del que se ha dado respecto de otras, que sí han recibido una calificación legal expresa como servicio público. Ejemplo de lo anterior, es la referencia al servicio al costo en el caso del agua, o incluso podría afirmarse, aunque no en forma tan clara como el supuesto anterior, que en la recolección de residuos opera un principio similar, en la medida en que está sujeta a una tasa.

En este sentido, se puede considerar que, la razón de dicho tratamiento radica en que en ambos casos, se da un reconocimiento de de esencialidad a efectos de su ejecución hacia la colectividad, al ser ambas básicas para la protección de los derechos fundamentales de la salud y la vida.

Por último, debe mencionarse que, a pesar de que se tratan de actividades que han sido asumidas plenamente por la administración, lo cierto es que no han sido publicadas. La titularidad estatal requiere ser dispuesta a nivel legal en acatamiento del principio de reserva legal.

B) La Educación primaria y secundaria

a. Descripción del tratamiento

En Costa Rica, la educación primaria y secundaria es desarrollada en la actualidad por centros educativos públicos y privados, y dentro de estos, se encuentran aquellos que ubicándose en esta última categoría, reciben alguna subvención del parte del Estado.

Así por ejemplo, de conformidad con la información del Departamento de Estadística del Ministerio de Educación Pública, para el 2013 operaban un total de 4.530 centros educativos públicos (1780 en el área urbana y 2750 en el área rural), 600 privados (de los cuales solo 25 se encontraban en áreas rurales) y 61 centros privados-subvencionados.

La Constitución Política destina un título específico al tema de la educación y la cultura, en donde los preceptos comprendidos entre los artículos 77 y 80 desarrollan la visión de los constituyentes respecto a la educación, en donde resalta el carácter gratuito y obligatorio de los niveles de preescolar y general básica (art. 78), el reconocimiento de la libertad de enseñanza (art. 79) y de la iniciativa privada en materia docente (art. 80).

Por su parte, la Ley Fundamental de Educación, N° 2160, reglamenta el derecho constitucional a la educación y establece la obligación del Estado de *“procurar ofrecerla en la forma más amplia y adecuada”*, tal y como lo indica desde el artículo primero. Asimismo, el capítulo VI de dicho cuerpo normativo, regula el establecimiento de centros privados de educación.

De este capítulo, interesa destacar que, a tono con lo indicado en la disposición 79 constitucional, se reitera la inspección del Estado sobre dichos centros docentes, en donde la educación que impartan deberá estar sometida a los principios y objetivos contenidos en la Ley a que se ha hecho referencia (art. 35), la cual además deberá ser *“democrática en su esencia y en su orientación general”*.

Asimismo, el Consejo Superior de Educación es el órgano encargado de autorizar los planes de estudio, competencia que ejerce tanto respecto de la educación privada como pública.

Se trata, como se puede observar hasta este punto, de una actividad prestada en concurrencia entre el Estado, obligado por mandato constitucional a su prestación, y la iniciativa de los particulares y regulada por el Consejo Superior de Educación, estas últimas situaciones por previsión constitucional.

En este sentido, y dado que los planes educativos deben cumplir con ciertos contenidos mínimos uniformes, existe un umbral mínimo de conocimientos que cualquier graduando, independientemente de si procede de un centro educativo público o privado, debe tener.

Es importante mencionar, asimismo, que en lo que atañe a los centros educativos privados, la ley establece que a ellos “*tendrán acceso todos los educandos sin distinción de raza, religión, posición social o credo político*” (art. 36).

Ahora bien, a efectos de completar la descripción de esta actividad, resulta fundamental tomar en cuenta la calificación que se le ha otorgado a nivel jurisprudencial.

Así, en un antecedente de 1992, la Sala Constitucional indicó que los servicios de educación no debían ser catalogados como servicio público. Se trataba, señala la resolución, de una actividad de interés público, lo que justifica las regulaciones generales establecidas a nivel normativo, pero que debía ser entendida como una libertad del ciudadano (voto 3552-92).

Incluso, en otro asunto anterior, se conceptualizó la enseñanza como “*una proyección de la libertad ideológica, religiosa, del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, garantías todas, que se encuentran recogidas por los principios generales constitucionales.*” (voto 590-91)

En la misma línea, en el voto 878-98, el Tribunal Constitucional indicó que esta libertad implica, no solo “*el derecho de aprender, eligiendo libremente a los maestros, consagrado para los niños a través de sus padres, quienes tienen el derecho fundamental de escoger de sus hijos, y para los adultos mismos*”; sino también “*la libertad que tienen los particulares de fundar, organizar, dirigir y administrar centros docentes –privados- que el Estado está obligado a estimular, según el citado artículo 80 constitucional.*”

Hasta este punto, la jurisprudencia constitucional no califica la actividad como servicio público. No obstante, en posteriores fallos, esta situación ha variado.

Así por ejemplo, en el voto 2007-7776 se sostuvo la tesis opuesta, a saber, que la educación debía ser considerada como un servicio público, y calificó la educación pública como un servicio público propio y a la privada como uno impropio. “*IV.- EDUCACIÓN COMO UN SERVICIO PUBLICO. La educación no solo se puede concebir como un derecho de los ciudadanos, sino también como un servicio público, esto es, como una prestación positiva que brindan a los habitantes de la república las administraciones públicas –el Estado a través del Ministerio de Educación Pública y la Universidades Públicas- con lo cual es un servicio público propio o los particulares a través de organizaciones colectivas del derecho privado –v. gr. fundaciones, asociaciones o sociedades- en el caso de las escuelas, colegios y universidades*

privadas, siendo en este caso un servicio público impropio. En este último supuesto hablamos de un servicio público impropio toda vez que los particulares –personas físicas o jurídicas- lo hacen sometidos a un intenso y prolijo régimen de derecho público en cuanto a la creación, funcionamiento y fiscalización de esos centros privados. Los servicios públicos, en cuanto brindan prestaciones efectivas vitales para la vida en sociedad deben sujetarse a una serie de principios tales como los de continuidad, regularidad, eficiencia, eficacia, igualdad y universalidad, los cuales, entratándose de los servicios públicos impropios se ven atenuados o matizados, sobre todo en cuanto el usuario opta por utilizarlos. Consecuentemente, el servicio público de educación, propio o impropio, no puede ser interrumpido o suspendido si no obedece a razones o justificaciones objetivas y graves, como podría ser, eventualmente, tratándose de la educación, la trasgresión por el educando del régimen disciplinario del centro de enseñanza.”

Si bien este mismo criterio ha sido reproducido literalmente en otras sentencias del Tribunal Constitucional¹⁵⁹, en otros casos, simplemente se indica que se trata de un servicio público sin incluir una justificación del porqué se dispone dicha categorización, y sin remitir a otros fallos que complementen este elemento motivacional. Tal es el caso del fallo 2011-2104. En este asunto se cuestionaba que no se iniciaría el curso lectivo por aspectos administrativos internos del Ministerio de Educación Pública, recurso de amparo que fue declarado con lugar.

En el texto de la sentencia, únicamente se encuentran dos referencias al concepto de servicio público, pero en ninguna de ellas se da una definición o bien, un

¹⁵⁹ Entre ellos se pueden citar el 2010-11937, el 2011-6580 o el 2012-5351.

desarrollo considerativo en cuanto a las razones por las que se considera la educación como tal. En la primera de ellas, se indica que *“el proceso educativo tiene una naturaleza continua, [...] de esa forma cualquier centro, sea de naturaleza pública o privada, que preste ese servicio público debe cumplir cabalmente tal principio.”* En la segunda, afirmando el principio de continuidad del proceso de formación educativa, expone que este resulta *“de plena aplicación a los centros educativos estatales entendiendo que éstos brindan un servicio público”*.

Existen otras resoluciones en las que, aunque no se indique expresamente que la educación es un servicio público, lo da por sentado, en la medida en que la fundamentación de la sentencia se da en la obligación del buen funcionamiento de los servicios públicos, y respecto de la prestación, señala que se trata de un poder-deber. En este sentido, se puede citar la 2012-8011.

Otro aspecto de la jurisprudencia constitucional que amerita ser mencionado es lo indicado en el voto 2038-91. En dicho asunto, la recurrente reclamó que un centro de educación privada le impidió a su hija, debido a que adeudaba algunas mensualidades, finalizar el curso lectivo en dicha institución. Sobre el particular, el amparo fue rechazado de plano al considerar que la libertad de enseñanza que asiste a los padres de familia de escoger la educación privada lleva consigo la obligación de *“satisfacer los costos de la misma, sin que se pueda obligar como pretende la recurrente a estos centros a aceptar alumnos que no cumplen con las obligaciones de estos”* y dentro de las cuales se encuentran las económicas.

b. Análisis crítico

En primer término, a partir de la descripción anterior, una primera constatación que se puede realizar es que, desde el punto de vista objetivo, la prestación educativa de la administración no se diferencia de la asumida por la iniciativa privada. Ambos desarrollan la actividad educativa, la cual, además, se debe ejercer bajo los mismos parámetros, esto es, cumpliendo el mismo programa de contenidos mínimos.

Desde una perspectiva objetiva, tanto los estudiantes de instituciones públicas como privadas reciben la misma prestación, a saber, la enseñanza primaria o secundaria con base en los programas aprobados por las autoridades competentes. En este punto, debe hacerse énfasis en que las valoraciones en torno a la calidad no deben ser incluidas al determinar similitudes o diferencias materiales en cuanto a la actividad, al menos no en el sentido al que se ha hecho referencia en este análisis, que se circunscribe al contenido de la prestación.

Por otra parte, es importante rescatar la innegable importancia que la educación tiene para la sociedad. Como se indicó, cuando se hizo el recuento de los aspectos históricos de la noción de servicio público, esta actividad siempre se encontró asociada a un interés general y ofrecida a la colectividad por agentes que detentaban un poder público, no entendido este en los términos actuales, sino en función de su posición en la construcción social, como por ejemplo la Iglesia antes de la época de las revoluciones europeas y americanas.

Muestra de ello es el carácter preponderante que tiene en la Constitución Política, la cual dedicó 12 de los 197 artículos que componen el texto constitucional al tema de la educación y de ellos, el 50% se refiere a la educación primaria y secundaria.

No cabe duda a partir de lo anterior, la importancia que el constituyente visualizó de dotar a la población de medios que mejoraran su nivel educativo.

Una muestra clara de lo anterior es el numeral 83 constitucional, el cual obliga al Estado a patrocinar y organizar la educación para adultos a efectos de “*combatir el analfabetismo y a proporcionar oportunidad cultural a aquellos que deseen mejorar su condición intelectual, social y económica.*” No cabe duda que en el ideario constitucional, se consideró que existía un ligamen entre la educación y la situación socio-económica de la persona, así como entre esta y su mejoramiento personal, y valorando que le correspondía al Estado ofrecerle a los particulares acceso a esta prestación independientemente de aspectos económicos. Por ello, se dispuso que esta debía ser gratuita y obligatoria.

Al tiempo que se estableció como fin programático, el constituyente de 1949 dispuso, además, un esquema de concurrencia, es decir, donde pesa sobre la Administración el deber de prestar el servicio educativo y, al mismo tiempo, se promueve la iniciativa privada en esta materia, lo que parece sugerir el interés de que exista pluralidad de opciones en contra de la uniformidad¹⁶⁰. Esta característica de concurrencia lleva a que tanto la Administración Pública como los centros privados dedicados a esta finalidad, desplieguen la misma actividad pero bajo un régimen jurídico diferente. Uno sometido a las normas del derecho público y el otro bajo un esquema particular de control y supervisión.

¹⁶⁰ “Este derecho de toda persona a educarse y educar a sus hijos en un centro de enseñanza que considere acorde con sus creencias no podría garantizarse si sólo hubiera disponible una opción educativa o, lo que equivaldría a lo mismo, si el Estado ejerciera sobre la educación privada un control tal que implicara identificarla o uniformarla, de derecho o de hecho, con las instituciones de enseñanza estatal. Con otras palabras, no sería sino con grave cercenamiento de la libertad de elegir el que sólo pudiera hacerse respecto de instituciones privadas cuya enseñanza fuera equivalente o prácticamente equivalente a la oficial o pública.” (3550-92)

Esto por cuanto, tal y como se observa de manera diáfana del voto 2038-91 de la Sala Constitucional, la relación existente entre los centros educativos privados y los docentes se rige, en parte, por el derecho común; esto es, la relación jurídica que los vincula no es de derecho público sino privado.

Empero, la anterior afirmación debe ser matizada, ya que esta adquiere contornos particulares en la medida en que el centro educativo se encuentra afecto a una serie de obligaciones que lo asemeja a las escuelas y colegios públicos. Este elemento se encuentra patente incluso en el hecho de que la Sala Constitucional, al tenor de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, entra a conocer los recursos de amparo interpuestos contra centro educativos privados. Si bien, para que el Tribunal Constitucional sea competente de conocer asuntos entre privados no es necesario que los recurridos se encuentren en una relación jurídico-pública, sino que basta que estos se encuentren en una situación de poder, es lo cierto que el tratamiento que se le da a estos asuntos se enmarca bajo la lógica de un régimen cargado de obligaciones típicas del servicio público, dado que se trata de garantizar un derecho fundamental de los estudiantes.

Lo anterior no contradice la naturaleza privada de la relación que se comenta, pero evidencia que dicha afirmación debe ser matizada por el hecho de que, con esta prestación, se satisface un derecho fundamental.

En forma concomitante, los centros privados se encuentran sometidos a una serie de regulaciones públicas, como lo ya referido al contenido mínimo del programa, así como la supervisión que sobre ellos ejerce el Consejo Superior de Educación.

Resulta interesante en este punto retomar lo indicado en la sección anterior en cuanto a la evolución jurisprudencial. En un primer momento se excluyó, *ex professo*, la educación de la categoría de servicio público, sin negar el interés público que la reviste. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, parece que sobre dicha consideración late como fundamento una cierta identidad entre el concepto de servicio público y el actuar administrativo. Si se observa con detenimiento, luego de negarle la condición de servicio público por tratarse de una libertad pública, justifica su decisión en que, durante las sesiones de la Asamblea Constituyente, la moción de considerar la educación una función esencial del Estado fue desechada. Recuerda el fallo en comentario que esta iniciativa “[...] provocó violentas reacciones siendo derrotada en la Asamblea Constituyente, ante el temor de que se interpretara la educación como una función pública y no como una libertad. El Licenciado Volio Sancho, objetó la moción de comentario señalando que calificar la educación como una función esencial del Estado sería darle un carácter fundamentalmente estatista, en perjuicio de la iniciativa privada, y agregó: "Si la Asamblea declarase que la educación es una función esencial del Estado, la iniciativa privada quedaría en segundo plano. Está bien que la acción del Estado se haga sentir en materia educacional, siempre y cuando esa acción sea supletoria de la iniciativa particular". (Actas, Imprenta Nacional 1957, tomo III #154, 155, 156, 157, 158, pags.309 y ss.).”

Evidentemente, la discusión ideológica que se plasma en lo recién transcrito se incardina en un ámbito diferente al conceptual del servicio público; empero, el ligamen argumental que realiza la sentencia tiene como premisa que la noción objeto de estudio

forma parte del actuar administrativo, siguiendo en parte la doctrina francesa y en otra la española.

Aunque el fallo no expone en forma extensa que se entiende por servicio público, en una frase aclaratoria señala que este se ejerce por el Estado o concesión, lo que lleva a pensar en que el punto de partida del análisis es que uno de sus elementos definitorio es la titularidad estatal, o al menos, que este se ve circunscrito a una forma de actuación del Estado. Así, el razonamiento podría ser construido bajo el siguiente silogismo: el servicio público es una forma de actuar del Estado; el constituyente rechazó una propuesta de que la educación fuera considerada como función esencial del Estado, por ende, la educación no es servicio público.

Como se indicó, en posteriores fallos este análisis fue dejado de lado para pasar a afirmar de manera categórica que se trata de un servicio público, sin embargo, incorpora una distinción en función del prestatario; en el caso de la educación pública, afirma que se trata de un servicio público propio, mientras que en el caso de los centros privados, indica que este es un servicio público impropio.

Con ocasión del desarrollo del concepto en el ordenamiento español se tuvo oportunidad de hacer algunas alusiones al término del servicio público impropio, pero resulta oportuno incluir en este punto alguna reflexión. Resulta interesante que en el caso de una actividad en la que la concurrencia entre sector público y privado no solo es tutelada, sino además promovida a nivel constitucional por disposición expresa, se incorpore esta noción de “impropio” justificándolo en el hecho de que está sujeto a una intensa regulación.

Resulta igualmente de interés, que frente a esta noción de servicio público impropio, considere que el “propio” se da cuando es desarrollado por la Administración Pública. Nótese que en las sentencias analizadas no se incluye como elemento definitorio del servicio público la titularidad estatal, únicamente que sea desarrollado por el Estado. Lo anterior, en el marco de una actividad planificada en concurrencia desde el diseño constitucional, hace pensar que el uso que está realizando la Sala Constitucional implica un acercamiento a la noción francesa, en la que el actuar administrativo se equipara con servicio público.

Sobre este tema se regresará con mayor profundidad, pero baste por ahora indicar que esta forma de entender el servicio público propio, al margen de que no encuentra sustento en el desarrollo histórico del derecho administrativo costarricense, no ofrece claridad en cuanto a si todo actuar del Estado debe ser entendido como servicio público, o si por el contrario, únicamente ciertas conductas. Sin embargo, si este fuera el caso, tampoco permite delimitar cuáles son las características que permitirían identificar cuáles actividades deben ser ubicadas en las distintas categorías, ni cuáles serían estas.

Por otro lado, surge el cuestionamiento de cuál sería el tratamiento que deba darse, en aplicación de este criterio vinculante, a los colegios privados que son subvencionados por el Estado. Prevalecería el carácter privado, y por ende, su consideración de servicio público impropio, o el hecho de que haya algún grado de participación estatal variaría su calificación a un servicio público propio?

Resulta oportuno apuntar, dado que se afirmó cierta similitud entre el concepto de servicio público propio con el del servicio público *a la française*, que en el país galo

esta interrogante es resuelta indicando que, dado que el servicio público equivale al actuar administrativo, entonces en estos casos de consorcio entre lo público y lo privado, el conflicto competencial debe resolverse asentando la discusión en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. (Malaret I García 1998, 57)

Lo anterior lleva a que no pueda concluirse este análisis crítico sin resaltar la constatación que se hizo al inicio de este acápite, cual es, que desde el punto de vista material no existe ninguna diferencia en la actividad desplegada por un centro educativo público y uno privado excepto en su financiamiento, aspecto que en todo caso, no ha sido valorado como criterio de distinción.

C) Transporte Público de Personas

a. Descripción del tratamiento

El transporte público de personas se encuentra regulado, principalmente, en la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, Ley N°3503 y en la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en modalidad Taxi, N° 7969.

En la primera, se regula la prestación que ofrecen los vehículos automotores colectivos –con excepción de los taxis-, la cual se califica como un “*servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes*” y se indica, expresamente, que esta actividad es delegada en aquellos particulares que sean debidamente autorizados luego del cumplimiento de los requisitos fijados en dicho cuerpo normativo (art. 1).

Esta actividad comprende tanto la prestación del servicio sobre una ruta predeterminada por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes bajo un itinerario fijo, como aquellas que se contraten por viaje, tiempo o ambas.

Ahora bien, la delegación a que se hizo referencia puede asumir dos formas, la concesión o el permiso. La primera, es definida como el “*derecho que el Estado otorga, previo trámite de licitación pública, para explotar comercialmente una línea por medio de uno o varios vehículos colectivos, tales como autobuses, busetas, microbuses o similares*” (art. 2) y se requiere como título habilitante para la explotación de una línea¹⁶¹ dentro de una ruta (art. 3).

El permiso, por su parte, se requiere cuando la prestación se va a brindar fuera de las rutas establecidas, es decir, cuando la contratación es por viaje, tiempo o ambas.

El cuerpo legal que se comenta excluye de su ámbito de aplicación el caso de los taxis, los cuales se encuentran regulados por la Ley Reguladora del Servicio de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi.

En un primer momento, esta indicaba que este tipo de transporte era considerado “*un servicio público que se explotará mediante la figura de la concesión administrativa*” (art. 2).

Este se caracterizaba por estar destinado al público, pero con prescindencia de rutas preestablecidas, es decir, que eran las necesidades del usuario las que determinaban el destino final del transporte.

¹⁶¹ El artículo primero define una línea como el “servicio de transporte que se presta en una ruta”.

Concomitantemente, el artículo 323 del Código de Comercio regulaba la figura del porteo de personas, cosas y mercancías, en virtud de la cual, en la práctica, se ofrecía un servicio idéntico al prestado por los taxis pero sin requerir la concesión.

No obstante, en el 2011, se introdujo una reforma a ambas normas citadas. En el Código de Comercio, se eliminó el porteo de personas, y el artículo 2 de la Ley Reguladora del Servicio de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi recién citado, junto con otras normas, fueron reformados para incluir una nueva categoría denominada “servicio especial estable de taxi” y el cual fue definido como “*servicio público de transporte remunerado de personas dirigido a un grupo cerrado de personas usuarias y que satisface una demanda limitada, residual, exclusiva y estable*”. Asimismo, en el mencionado artículo 2, se indica que este servicio se presta “*puerta a puerta, para satisfacer una necesidad de servicio limitado, residual y dirigido a un grupo cerrado de personas*” distinto del que debe ser cubierto por la modalidad de taxi.

Para la prestación de este servicio, no se requiere de una concesión sino que se recurre al permiso como título habilitante y para lo cual se establecen una serie de requisitos.

Es importante mencionar que la redacción del artículo 2 de este cuerpo normativo, indica expresamente: “*El transporte remunerado de personas, que se realiza por medio de autobuses, busetas, microbuses, taxis, automóviles y cualquier otro tipo de vehículo automotor, ya sea que se ofrezca al público en general, a personas usuarias o a grupos determinados de personas usuarias con necesidades específicas que constituyen demandas especiales, es un servicio público del cual es titular el*

Estado. Lo anterior independientemente del grado de intervención estatal en la determinación del sistema operativo del servicio o en su fiscalización.”

Como se puede observar de lo expuesto hasta este punto, la titularidad estatal de la actividad ya se desprendía desde la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores. Si bien, en dicha normativa únicamente se indicaba que las actividades cubiertas por la normativa eran un servicio público, sin definirlo claramente o sin incorporar una publicatio expresa, esta se encontraba implícita a partir del hecho de que se disponía que la prestación era delegada en particulares.

La jurisprudencia administrativa emitida por la Procuraduría General de la República daba cuenta de esta situación, e indicaba, que una nota característica de este servicio público era, precisamente, la titularidad estatal. Al respecto, pueden consultarse los dictámenes C-190-1996, C-169-1999, C-254-2001 y el C-462-2006 entre muchos otros¹⁶². En todo caso, la reforma del 2011 lo indica expresamente, tal y como se observa de lo transcrito en las líneas precedentes.

Otra circunstancia normativa que merece ser apuntada es que el artículo 13 de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, establecía que en la concesión se fijaría la calidad con que se debía prestar el servicio y que en todo caso se debía prestar en “*condiciones de eficiencia, seguridad, comodidad e higiene*” y dentro de sus obligaciones se encuentra no

¹⁶² Para un detalle más extenso de las referencias existentes en los criterios de la Procuraduría General de la República, se ofrece el siguiente listado de dictámenes y opiniones jurídicas: a) Dictámenes: C-231-2003, C-019-2004, C-63-2011, C-043-2013; b) Opinión jurídica: OJ-127-2000.

suspender el servicio, cumplir con el horario así como cobrar la tarifa aprobada por el órgano competente, entre otros.

A nivel jurisdiccional, la Sala Constitucional, en la mayoría de los casos consultados, no ofrece una definición del servicio que abarque el supuesto del transporte público, sino que le basta mencionar dicha circunstancia, para luego ingresar en el análisis de la lesión concreta a los derechos fundamentales que se reclaman por el recurrente.

No obstante lo anterior, algunos antecedentes en particular requieren ser comentados. Un primer grupo está conformado por aquellos en donde se desarrolla un poco más en detalle la calificación jurídica de la actividad. En este, se pueden citar el voto 2008-2319, en el cual se indica que, como consecuencia para prestar el servicio se requiere el otorgamiento de una concesión, debe entenderse que este es de titularidad estatal y por lo tanto, se encuentra fuera del comercio de los hombres. Por su parte, la sentencia 2008-193 afirma que la concesión es dada en precario y además el 2010-7892 en donde se refiere que la finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad o interés de carácter general.

Un segundo grupo de fallos aluden al régimen jurídico aplicable a la actividad como consecuencia de la calificación como servicio público, en donde se ligan a los principios esenciales del buen funcionamiento de los servicios públicos. Estos indican que el servicio debe ser prestado en forma continua (2007-15822)¹⁶³ y sin discriminación, es decir, en respeto del principio de generalidad (2003-7657)¹⁶⁴.

¹⁶³ Se trata de un recurso de amparo presentado por el mal servicio en el transporte de estudiantes, debido a que le impedían llegar al centro educativo y porque no abarcaba la totalidad de la población aledaña. En este asunto, la Sala consideró que el servicio de transporte, por estar asociado al derecho a la educación, le corresponde al

b. Análisis crítico

A diferencia del caso de la educación, en lo que atañe al transporte público remunerado de personas, en cualquiera de sus modalidades, el ordenamiento jurídico reservó la titularidad de la actividad en favor del Estado.

Esta afirmación se puede sostener, sin necesidad de recurrir a mayores esfuerzos interpretativos tanto con posterioridad a la reforma del 2011 fecha en que se modificó la Ley Reguladora del Servicio de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi para incorporar una disposición que no deja margen de interpretación¹⁶⁵, sino también para el período anterior. En este sentido, tanto la versión anterior a la modificación legislativa, como la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, obligaban a esta interpretación.

Ello debido a la calificación expresa de la actividad como servicio público, aunado al hecho de que se reguló su delegación. Esta únicamente tendría sentido bajo un esquema estructurado sobre la base de la titularidad estatal de la actividad.

Ninguna otra conclusión sería admisible. En primer término, sólo es posible delegar una función que es propia. De ahí que el uso del vocablo no es gratuito, siendo un indicador claro de la forma de entender el servicio público por parte de los legisladores de la época.

Ministerio de Educación Pública corregir las deficiencias a efectos de evitar una afectación al acceso al centro educativo.

¹⁶⁴ Es igualmente un recurso de amparo, esta vez interpuesto por un menor de edad con una discapacidad que le impedía estar de pie. Reclamaba que el bus no contaba con una silla especial en acatamiento de la Ley 7600. La Sala declaró con lugar el amparo y consideró que el servicio no podía generar discriminaciones y ordena a la concesionaria a implementar las medidas necesarias para corregir dicha situación.

¹⁶⁵ El artículo 2 de la Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi reitera expresamente lo que ya desde antes se lograba colegir, a saber, que el transporte remunerado de personas es un servicio público del cual el Estado es el titular.

En la misma línea de pensamiento, si no se estuviera partiendo de la titularidad reservada en favor del Estado, entonces la actividad estaría abierta a la iniciativa privada, por lo que una delegación devendría innecesaria. Para mantener un control sobre los requisitos que se deben cumplimentar para iniciar la prestación del servicio, lo más probable –y adecuado- sería el uso del término “autorización”, el cual se encuentra ausente de la normativa.

Finalmente, no puede obviarse el uso de la “concesión” como título habilitante para la prestación del servicio por un particular, concepto que en el derecho administrativo tiene un sentido dotado de amplia intersubjetividad y que implica, como se analizó en la primera parte de esta investigación, una transferencia de facultades de la administración a un particular, en este caso, la de prestar al público el servicio de transporte.

Lo mismo puede afirmarse respecto de la modalidad de taxi para el transporte público, normativa en la que si bien no se indicó expresamente el tema de una delegación, sí se mantuvo el uso de la concesión, lo que constituye un indicador claro que confirma lo que, junto con la jurisprudencia administrativa de la Procuraduría General de la República, aquí se sostiene.

Ahora bien, no puede soslayarse que la misma normativa reguló, además de la concesión, el permiso como título habilitante, para el transporte público mediante automotor que no implicara el uso de las rutas establecidas por el órgano competente y que se basara en una contratación ya sea por tiempo, a un destino específico, o ambas. Igual figura se aplicó posteriormente para el caso del servicio especial estable de taxi.

No interesa en esta investigación analizar la figura del permiso, y en qué medida el texto legal, al usar dicho término, se ajusta a esa noción, sin embargo, debe recordarse que, en todo caso, la concesión no es el único mecanismo mediante el cual se puede otorgar a un privado la explotación de un servicio, aunque sea la más usual. En consecuencia, la incorporación de este tipo de habilitación tampoco contradice la titularidad estatal como elemento definitorio de este servicio público.

Por el contrario, viene a confirmar la existencia de un monopolio de iure en la actividad y la iniciativa privada se ve encauzada mediante la denominada gestión indirecta.

En este sentido, puede señalarse que, a diferencia de lo que acontece en educación, en esta materia no existe una concurrencia formal entre sector público y privado, aunque esta sí se puede encontrar, hasta cierto punto, a nivel material. Esto en lo que concierne específicamente al caso del “porteo de personas”, y el conflicto que generó el abuso de esta figura con los concesionarios de taxis.

En este sentido, se trata de dos actividades que pretendían satisfacer la misma necesidad en competencia una con otra. Si bien el abuso de la figura resultaba contrario al ordenamiento jurídico, lo cierto es que la situación como tal pone de manifiesto que se trata de una prestación respecto de la cual no puede afirmarse que, tenga una especial vocación para que sea asumida en forma monopólica por el Estado.

Esto lleva a que la afectación a la titularidad estatal se base, exclusivamente, en una decisión legislativa, en donde se potencia un criterio subjetivo o voluntarista¹⁶⁶ en

¹⁶⁶ El servicio público depende de una decisión de los legisladores, siendo esta uno de los factores que permiten su identificación.

la definición del servicio público. Se observa, en forma diáfana, que bajo este criterio, el concepto bajo estudio pierde toda materialidad.

Por último, interesa poner de relieve que la jurisprudencia sobre esta materia resulta omisa en cuanto a un análisis detallado sobre las razones por las que el transporte público es considerado servicio público, lo cual se justifica en la calificación expresa como tal realizada por el legislador. En términos casi que generales, se da por sentado.

Asimismo, se destaca de la jurisprudencia la aplicación de los principios asociados a un buen funcionamiento de los servicios públicos al momento de resolver diversos recursos de amparo interpuestos con ocasión de problemas enfrentados por los usuarios en la prestación efectiva por parte de los concesionarios.

D) Telecomunicaciones

a. Descripción del tratamiento

La Ley de Radio N°3981 (Servicios Inalámbricos) del año 1954 disponía que los servicios inalámbricos, al ser bienes de dominio del Estado, designados en el artículo 121 inciso 14 de la Constitución Política, sólo podían ser explotados por este salvo que se otorgue su explotación a un particular mediante la figura concesional. En este sentido, se reconoce un monopolio en la explotación de las telecomunicaciones a través del Instituto Costarricense de Electricidad.

Posteriormente, con la promulgación en el año 2008 de la Ley General de Telecomunicaciones N°8642, se dispone el uso y explotación de la prestación y la explotación de los servicios de telecomunicaciones, efectuando una apertura del

monopolio existente y permitiendo la libre competencia en la prestación del servicio. En esta Ley se incorpora el concepto de servicio universal, definido como “...*derecho al acceso a un servicio de telecomunicaciones disponible al público que se presta en cada domicilio, con la calidad determinada y a un precio razonable y asequible para todos los usuarios...*”. (Artículo 6 inciso 22).

Se describe en la Ley de referencia, como objetivos del servicio: el acceso universal, servicio universal y solidaridad (artículo 32), estableciendo como objetivos fundamentales de este régimen: “a) *Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes de las zonas del país donde el costo de las inversiones para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura hace que el suministro de estos servicios no sea financieramente rentable.* b) *Promover el acceso a servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a los habitantes del país que no tengan recursos suficientes para acceder a ellos.* c) *Dotar de servicios de telecomunicaciones de calidad, de manera oportuna, eficiente y a precios asequibles y competitivos, a las instituciones y personas con necesidades sociales especiales, tales como albergues de menores, adultos mayores, personas con discapacidad, población indígena, escuelas y colegios públicos, así como centros de salud públicos.* d) *Reducir la brecha digital, garantizar mayor igualdad de oportunidades, así como el disfrute de los beneficios de la sociedad de la información y el conocimiento por medio del fomento de la conectividad, el desarrollo de infraestructura y la disponibilidad de dispositivos de acceso y servicios de banda ancha.*”

Adicionalmente, permite la explotación de los servicios a través de diferentes figuras denominadas concesión para el uso y explotación de las frecuencias del espectro radiológico, concesión directa para operación de redes privadas y autorización para el uso y explotación de redes que no requieran el uso de espectro radiofónico.

Se crea, además, el Fondo Nacional de Telecomunicaciones, para la administración de los recursos destinados a financiar el cumplimiento de los objetivos de acceso universal, servicio universal y solidaridad, el cual se financia con los aportes generados por el otorgamiento de las concesiones (canon), transferencias y donaciones a favor del fondo, multas que imponga la Superintendencia de Telecomunicaciones, los recursos financieros propios del fondo y una contribución especial parafiscal que recae sobre los ingresos brutos devengados por los operadores de redes públicas de telecomunicaciones y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Para efectos de garantizar la prestación de servicios de telecomunicaciones a todas las poblaciones, la Superintendencia de Telecomunicaciones como administradora del Fondo, tiene la posibilidad de establecer concursos entre los oferentes para que estos desarrollen la infraestructura necesaria con cargo al Fondo recién citado.

Asimismo, se emite la Ley de Fortalecimiento y modernización de las entidades públicas del sector Telecomunicaciones, N° 8660, teniendo como objetivos (artículo 2): a) fortalecer, modernizar y dotar al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a sus empresas y a sus órganos adscritos; b) dotar al ICE de las condiciones jurídicas, financieras y administrativas necesarias para que continúe con la prestación y

comercialización de productos y servicios de electricidad y telecomunicaciones, dentro y fuera del territorio nacional; c) crear el Sector Telecomunicaciones y su rectoría; d) constituir la Superintendencia de Telecomunicaciones; e) flexibilizar y ampliar los mecanismos y procedimientos de contratación pública que tienen el ICE y sus empresas; f) garantizar y reafirmar la autonomía administrativa y financiera del ICE y sus empresas y g) garantizar la rendición de cuentas y la evaluación de resultados por parte del ICE y sus empresas.

Ante esta reforma, la jurisprudencia constitucional señaló que *“los servicios inalámbricos o, más concretamente, el uso y explotación del espectro radioeléctrico o electromagnético, puede darse en un régimen de competencia y libre concurrencia, dado que, puede ser explotado “por la administración pública o por particulares” esa “o” disyuntiva refuerza la libre competencia o concurrencia que admite el constituyente originario y la constitución económica.”* (2008-4569)

De igual forma, reconoce la Sala Constitucional que los servicios de telecomunicaciones *“...prestados en un régimen de competencia, siguen siendo servicios públicos y por tanto sujetos a los principios constitucionales de eficiencia, eficacia, igualdad, continuidad y adaptabilidad...”* (2010-10627) Al mismo tiempo, reconoce en el usuario la condición de consumidor indicando que éste tiene derecho a la prestación del servicio de telecomunicaciones como un servicio público. (2011-2637)

En cuanto a la jurisprudencia administrativa, la Procuraduría General de la República reconoce que el espectro radiofónico es un bien de dominio público, sin embargo, no hace referencia expresa a la titularidad estatal (C-176-2011).

En cuanto al régimen que se dispone en la Ley General de Telecomunicaciones, el órgano consultor desarrolla los diferentes títulos habilitantes para la explotación del señalado espectro sin mencionarlo como un servicio público (OJ-015-2007, C-089-2010 y C-151-2011) y señala que *“La promoción de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones no es un fin en sí mismo, sino un medio para aumentar la disponibilidad de servicios en beneficio del usuario, mejorar su calidad y asegurar precios asequibles.”* (C-176-2011)

b. Análisis crítico

Con la aprobación de la Ley General de Telecomunicaciones se modifica el esquema bajo el cual venía operando el país en la materia, pasando de un monopolio estatal, donde el Instituto Costarricense de Electricidad era el ente encargado de prestar el servicio de telefonía móvil y fija, a un esquema desarrollado en régimen de competencia.

Como parte de esta reforma, se aprobó una ley tendiente a fortalecer al Instituto Costarricense de Electricidad, lo que demuestra la intención de que la actividad se desarrollara en concurrencia entre el sector público y el privado. En todo caso, es importante acotar que la actividad, como tal, se encuentra sometida al régimen de derecho privado.

En este sentido, las concesiones previstas en la ley no deben ser conceptualizadas en el sentido que se ha venido desarrollando, ligado a la habilitación de los particulares para gestionar una actividad pública, sino que se trata de una concesión de uso de un bien de dominio público. De conformidad con el numeral 121

de la Constitución Política, el espectro electromagnético está afecto al dominio público, y por ende, su explotación debe ser otorgada por los órganos competentes.

De lo anterior no puede entenderse, claro está, que son concesionarios de un servicio público, sino que este título habilitante se limita a la explotación que realizan de un bien del demanio.

Así, la relación existente entre los operadores y los clientes es de naturaleza privada, y por ende, sometida al derecho privado. En todo caso, esto no ha sido óbice para que la Sala Constitucional haya indicado que dicha circunstancia no impedía la caracterización de las telecomunicaciones como servicio público.

Esta normativa adopta nociones del derecho comunitario, lo que se ve claramente en la nomenclatura que utiliza como el de servicio universal o servicio económico de interés general, aunque los motivos que explican el surgimiento de estos no se encuentra presente en el ordenamiento patrio.

En todo caso, el servicio universal tiene por finalidad hacer efectivos los principios de generalidad e igualdad propios de los servicios públicos en materia de telecomunicaciones.

Ahora bien, entender a partir de lo anterior que únicamente el servicio universal es parte del servicio público sería, a nuestro entender, un error. Nótese que no existe ninguna diferencia sustancial, excepto el financiamiento, entre este servicio y el ofrecido por los operadores en régimen de competencia. Así, esta reducción supondría un tratamiento diferenciado de algo que materialmente es idéntico, lo que implica, per se, un problema lógico.

En este entendimiento, el servicio público únicamente se daría en presencia de fallos del mercado, lo cual rechazamos, entre otros motivos, por negar cualquier objetividad o materialidad al concepto. De igual forma, una interpretación en este sentido iría en detrimento de los clientes que acceden a la prestación bajo las reglas de la competencia, en la medida en que no podrían oponer un derecho al buen funcionamiento de los servicios públicos.

Sección II.- Valoración jurisprudencial

Como ya se ha podido ver de las referencias contenidas en las secciones precedentes, los conceptos utilizados en la jurisprudencia resultan diversos.

La Procuraduría General de la República es quizá el órgano que ha mantenido una línea más constante en cuanto a sus criterios, los que en su mayoría remiten a otros anteriores y tienen como principal elemento definitorio del servicio público la titularidad estatal.

Para este órgano, el servicio público se caracteriza por los siguientes elementos: a) la titularidad por el Estado de la respectiva actividad (publicatio) y b) los caracteres de su régimen jurídico (regularidad, continuidad, igualdad, obligatoriedad y prerrogativas de poder público. En este sentido, pueden verse, entre muchos otros, los dictámenes C-169-99, C-254-2001, C-019-2004, C-462-2006 y C043-2013.

En sede jurisdiccional, sin embargo, no existe tal uniformidad, ni siquiera dentro de un mismo órgano. Así, los distintos criterios formulados pueden ser clasificados según los distintos criterios que siguen, a saber, aquellos basados en la titularidad estatal, lo que identifican el servicio público con el actuar administrativo, los basados en

criterios voluntaristas y, finalmente, aquellos en donde el análisis se basa en la existencia de un derecho fundamental.

A continuación se analizarán cada uno de estos.

a) Titularidad Estatal

La titularidad estatal ha sido utilizada tanto por el órgano asesor del Estado como por la Sala Constitucional para caracterizar el servicio público. En este sentido, se puede decir que efectivamente, en algunos casos el legislador dispuso una publicación de la actividad, como lo es el caso del transporte público. No obstante lo anterior, este mismo criterio es utilizado aún y cuando no exista una publicatio a nivel legal.

Así por ejemplo, resulta significativo el antecedente de la revisión técnica vehicular. En este asunto se planteó ante la Sala Constitucional un recurso de amparo en el que se discutía el ejercicio de una actividad monopolística por la empresa Riteve SyC, S. A. En particular, en el amparo se pretendía, entre otras cosas, cuestionar el carácter monopolístico derivado de un contrato suscrito entre el Poder Ejecutivo y la citada empresa para prestar el servicio de la revisión técnica vehicular, la cual es un requisito indispensable para la circulación de los vehículos.

En ese asunto se alegó que el numeral 46 constitucional impide la constitución de monopolios, por lo que en el caso del citado contrato se vulneró esta disposición.

Frente a este argumento, la Sala Constitucional consideró que se trataba de un servicio público a partir de lo dispuesto en el artículo 19 de la entonces vigente Ley de

Tránsito por Vías Públicas y Terrestres¹⁶⁷ y al razonar su decisión, señaló: “A partir de la norma parcialmente transcrita queda suficientemente claro que el servicio de la revisión técnica de vehículos le fue conferido, expresamente por ley, al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, con lo cual es de titularidad del Estado y, por consiguiente, no cabe la menor duda que se trata de un servicio público.”

Asimismo, en este fallo se reprocha al recurrente confundir un contrato administrativo suscrito para prestar un servicio público con un monopolio. En este sentido, se indicó que: *“Los servicios públicos, que siempre son de titularidad pública y, por consiguiente, deben ser brindados por un ente público o sus órganos, pueden ser gestionados por éstos de forma directa o indirecta.”* (2005-05895)

Dejando de lado el análisis en cuanto a la interpretación que se pueda realizar del previamente citado artículo 19, esta última redacción no deja lugar a dudas de que la titularidad estatal se erige como factor común de cualquier actividad de servicio público.

Ahora bien, sobre este criterio –titularidad estatal-, se puede observar una cierta disociación entre el universo de actividades que se afirman forman parte de esta categoría, su naturaleza jurídica (publicadas o no) y lo indicado respecto de la titularidad estatal.

¹⁶⁷ “La tarjeta de derechos de circulación sólo se extenderá a los vehículos que reúnan las condiciones mecánicas, las de seguridad, las de emisiones contaminantes y los demás requisitos que determinen esta Ley y su Reglamento. El Ministerio de Obras Públicas y Transportes comprobará estos requisitos mediante la revisión técnica de vehículos, parcial o total.

Se entenderá por revisión técnica de vehículos la verificación mecánica del estado del vehículo y de sus emisiones contaminantes, según lo establece la presente Ley (...)

Para este efecto, las revisiones totales o parciales se realizarán en los lugares que el Ministerio de Obras Públicas y Transportes determine y autorice, mediante concurso público, conforme a los parámetros objetivos y generales que establezca el Reglamento, el cual deberá promover la incorporación del mayor número posible de oferentes, sin detrimento de las revisiones que deben ejecutarse en las vías públicas (...)

En primer término, tomando en cuenta las distintas actividades que han sido calificadas como servicio público, no todas ellas se caracterizan por haber sido publicadas¹⁶⁸.

Sobre este punto, es preciso agregar una consideración importante. Tal y como se expuso cuando se analizó la evolución del derecho francés y español, el segundo trasladó el desarrollo realizado por el primero para luego darle un contorno propio que los diferencia. Así, debe recordarse lo indicado por los autores Sendín García y Malaret I García en el sentido de que el concepto de titularidad estatal es propio del derecho ibérico, no así en el país vecino. Aunado a lo anterior, y de mayor relevancia, es la constatación que se había realizado de que esta nota distintiva derivaba del artículo 128 de la Constitución Española que reserva al poder público los servicios esenciales.

En el caso costarricense, el Texto Fundamental carece de una disposición similar, por lo que la publicación de la actividad vendría a ser una decisión legislativa, y por ende, únicamente en esos casos podría afirmarse que este elemento sea característico de un servicio público así estructurado. No se podría, en nuestro criterio, hacer extensiva esta característica a otras prestaciones sin vulnerar el numeral 28 de la Constitución Política.

En esta misma línea, resulta importante referirse al voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En este, luego de desarrollar el deber del Estado de satisfacer las necesidades esenciales de la población, se afirma que para paliar la imposibilidad de acometer todos los campos de acción con cargo a recursos

¹⁶⁸ Incluso, en el caso que recién se mencionó sobre la revisión técnica vehicular, cabe cuestionarse si realmente se trata de una publicación de una actividad de iniciativa privada, o únicamente la delegación de una función administrativa, tema que será analizado en el siguiente acápite.

públicos, la Administración Pública tiene a su disposición la figura de la contratación administrativa, por lo que *“surge la figura de la concesión de servicios, contrato mediante el cual, la Administración concede a un tercero la ejecución de una actividad que en principio le incumbe asegurarla. Se trata de los denominados servicios públicos impropios. En estos supuestos, se está frente a relaciones bilaterales con efectos trilaterales, pues si bien el contrato administrativo se suscribe entre el Estado y el concesionario, esa relación jurídico administrativa tiene incidencia directa en la esfera jurídica de los destinatarios del servicio.”*¹⁶⁹

169 Voto 577-F-2007 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. En virtud del análisis que se realiza en el considerando de cita, se transcribe a continuación: “El Estado está llamado a satisfacer los intereses públicos, mediante el despliegue de una serie de actividades y conductas que permitan ofrecer la prestación de servicios esenciales. Es precisamente esa satisfacción su finalidad intrínseca, propia de su dimensión teleológica. Desde este plano, el marco normativo le impone, como derivado de una percepción positiva del principio de legalidad, un deber prestacional de los servicios públicos, actividades que guardan una especial vinculación de utilidad con el interés público y que por tal, deben ser objeto de una cobertura eficiente, igualitaria, continua y adaptable (doctrina del numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública). Para ello, es claro que no en pocas ocasiones, no cuenta con los medios económicos y materiales que le permitan realizar de manera directa las conductas requeridas. Por ende, el Ordenamiento Jurídico le ofrece alternativas viables que permiten cumplir con este cometido, entre otras, la contratación administrativa. En este sentido, surge la figura de la concesión de servicios, contrato mediante el cual, la Administración concede a un tercero la ejecución de una actividad que en principio le incumbe asegurarla. Se trata de los denominados servicios públicos impropios. En estos supuestos, se está frente a relaciones bilaterales con efectos trilaterales, pues si bien el contrato administrativo se suscribe entre el Estado y el concesionario, esa relación jurídico administrativa tiene incidencia directa en la esfera jurídica de los destinatarios del servicio. Esto es evidente si se considera que la vinculación con el contratista lo es para la satisfacción de necesidades de la colectividad. En la suscripción del contrato convergen el Estado y el operador del servicio, pero ya a nivel de su ejecución, la relación es triangular pues se incluye dentro del marco de sus efectos al usuario, quien recibe el servicio, debe cancelar al concesionario por esa prestación y la Administración concedente debe fiscalizar la actividad y fijar el precio o tarifa. Más simple, el concesionario opera el servicio delegado por el Estado acorde a lo dispuesto por el concedente, quien controla y fiscaliza la prestación eficiente en beneficio del usuario (finalidad). Este último a su vez constituye el parámetro de satisfacción y a la postre, objeto primordial del contrato, pero en contraprestación, debe cancelar el precio fijado por la Administración. Por su parte, esta debe procurar la armonía de las partes involucradas, buscando siempre la prosecución del interés público en los términos del canon 113 de la Ley General de la Administración Pública. El régimen jurídico de esta vinculación administrativa se sustenta sobre dos principios esenciales. Primero, la delegación no supone la desvinculación del Estado del servicio. Todo lo contrario, siendo una actividad que en tesis de principio le corresponde ejecutar, debe mantener una vigilancia, fiscalización y control de la prestación del servicio, lo que se concreta en varios niveles. Por un lado, es competencia del órgano o ente público la definición de los criterios bajo los cuales debe prestarse el servicio, lo que incluye el régimen de explotación propiamente, dentro de este, el detalle de cómo debe ejecutarse el servicio y los aspectos remunerativos. Por otro, en el marco de sus potestades

Además de ofrecer una definición de servicio público impropio que no se ajusta a la noción doctrinal, confundiendo con este la gestión indirecta, interesa destacarlo en la medida en que, precisamente lleva implícito el tema de la titularidad estatal. En tanto se afirme que es necesario delegar la actividad es porque esta ha sido publicada.

b) Servicio público como actuar administrativo

Otra línea definitoria utilizada por la jurisprudencia constitucional es la que se deriva de la confrontación del servicio público denominado propio con el impropio. No interesa en este punto reiterar las críticas a este segundo concepto, las cuales se externaron con ocasión de su análisis como parte de los planteamientos doctrinales españoles.

Lo que sí resulta relevante de resaltar es el que en ciertos antecedentes, como se recordará el caso de la educación, la definición utilizada supone su reconducción a todo el actuar administrativo. Parece una adscripción al concepto francés.

Cabe plantear entonces el cuestionamiento de si todo actuar administrativo debe ser entendido como servicio público o únicamente un sector de este. La construcción jurisprudencial no ofrece una conclusión en este sentido ni los parámetros para hacer la distinción; sin embargo, al margen de lo anterior, ambos supuestos presentan sus dificultades.

de tutela, debe propiciar la ejecución debida y oportuna del servicio a fin de asegurar que se ajuste a los términos que ha establecido para ello, de modo que cumpla con su finalidad de satisfacer necesidades colectivas."o de sus potestades de tutela, debe propiciar la ejecución debida y oportuna del servicio a fin de asegurar que se ajuste a los términos que ha establecido para ello, de modo que cumpla con su finalidad de satisfacer necesidades colectivas."

En caso de que se asocie con la totalidad del actuar administrativo, habría que afirmar, entonces, que el concepto de servicio público comprende diversos institutos jurídicos difícilmente homologables, como lo es el ejercicio de las funciones estatales, la actividad de policía, de fomento o de empresa pública, sea que impliquen una actividad prestacional o no. Desde este punto de vista, no habría diferencia entre el servicio de recolección de residuos, el ejercicio de la potestad reglamentaria o la emisión de un acto administrativo, por ejemplo.

Se desconocerían las particularidades que el estudio de las relaciones jurídico-administrativas ha aportado a la ciencia jurídica, y que se encuentran, sin lugar a dudas, en la base del Código Procesal Contencioso Administrativo¹⁷⁰.

Este ligamen con la totalidad de las conductas administrativas se erige, pareciera, más como una aspiración que como una definición que permita aprehender una noción clara y precisa del servicio público.

Queda, entonces, la segunda posibilidad, es decir, que esta equiparación sea únicamente respecto de ciertas actividades desarrolladas por el Estado. El problema radica en determinar cuáles serían estas.

Podría conjeturarse que se trata de la prestacional, emulando en alguna medida, y mutatis mutandis, la construcción alemana. Empero, esto podría implicar que el giro empresarial del Estado sea considerado como servicio público, aunque no asista a la satisfacción de necesidades esenciales de la colectividad.

La noción de servicio público propio utilizada en estos fallos por la Sala Constitucional puede relacionarse, a su vez, con un criterio desarrollado por la

Procuraduría General de la República con ocasión de la distinción entre el servicio público administrativo y el industrial y comercial de tradición francesa, citado cuando se analizó el suministro de agua potable. La primera noción podría identificarse con la utilizada por la Sala Constitucional, debido a que se definieron como aquellos que *“entrañan ejercicio de potestades públicas, se ha considerado que necesariamente deben ser prestados en forma directa. Por consiguiente, hay una identidad entre Administración titular del servicio y Administración gestionante. Por servicios públicos administrativos, nos referirnos sobre todo a los servicios de defensa del Estado, la justicia, los servicios en orden al estado civil de las personas; la dirección, vigilancia y control del sistema penitenciario, por lo que resultan actividades absolutamente indelegables, en cuanto son de la esencia del Estado y del poder público.”* (C-397-2003)

Lo anterior permite introducir el análisis del tratamiento de la administración de justicia, en la medida en que se puede asimilar a lo expuesto.

En este sentido, la Sala Constitucional ha considerado la administración de justicia es un servicio público, principalmente cuando ha conocido asuntos por retardo en la gestión de expedientes. A manera de ejemplo, se pueden consultar los votos 5345-98 y 2001-2833.

A diferencia de las restantes actividades reseñadas con anterioridad, no se encuentra normativa que establezca algún tipo de calificación en este sentido, sino que han sido las propias instancias administrativas y jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia las que han propiciado esta noción.

No cabe duda que la intención es propiciar una conciencia acerca de los derechos de los usuarios del sistema de justicia, empero, es preciso realizar algunas distinciones que resultan de interés, en particular, la diferencia existente entre la figura objeto de la presente investigación y la función pública, entendida esta como *“aquellos cometidos materiales que sirven para promover directamente el interés general, mediante la satisfacción de necesidades colectivas”*¹⁷¹.

Como bien indica el autor Sarmiento García, *“los fines particulares determinados por el derecho positivo, se los denomina cometidos o funciones del Estado, los cuales se persiguen, se cumplen, por medio de actividades estatales que constituyen las funciones del poder”*¹⁷².

En términos generales, se admite que éstas funciones del poder son desarrolladas en forma exclusiva por el Estado, identificándose con ellas la legislativa, la judicial y la administrativa, las cuales se dan en las actividades, propiamente, soberanas. Así las cosas, para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, éste recurre a una serie de actos y actividades que, en su conjunto, integran el concepto de función pública.

En este sentido, estos actos o actuaciones del Estado se encuentran revestidos de coacción administrativa, es decir, conllevan el ejercicio de poderes de imperio otorgados a este, y por ende, a los distintos órganos, entes e instituciones que lo integran.

Ahora bien, teniendo claro el concepto a que nos hemos venido refiriendo de función pública, en lo referente a la distinción de ésta y la noción de servicio, la autora

tiz, Eduardo, Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I, pág. 2, 3.
”, pág. 5.

española Fernández García ha indicado: *“En relación a esta distinción, si bien ha sido los autores italianos quienes se han dedicado a ella, en realidad proviene de la Escuela alemana del siglo XIX, especialmente de VON STEIN. Centrándonos ahora en la doctrina que la ha hecho famosa, ZANOBINI distingue la noción de función pública que representa siempre el ejercicio de una potestad pública (entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, de su imperium) de la noción de servicio público, que representa una actividad material, técnica o de producción industrial puesta a disposición de los particulares. Abundando en estos argumentos, para GIANINNI, la función es una actividad fundada en el poder soberano y que, en consecuencia, no puede ser, por su propia naturaleza, más que del Estado. En cambio, el servicio se conecta con la actividad social, pero útil y asumida por el Estado por razones sociales, económicas o técnicas.”* (Fernández García 2003, 116)

Partiendo de que la función pública implica el ejercicio de poderes de imperio o coactivos, la principal diferencia que se encuentra con el servicio público se da en el nivel de la relación jurídico-administrativa. En el primer supuesto, nos encontramos ante una relación de sujeción, en donde las actuaciones, ya sean actividades o actos jurídicos concretos, se le imponen al particular. Por el contrario, en el caso del servicio público, la relación jurídico-administrativa –en este caso como usuario del servicio- se conforma por la voluntad expresa del particular que solicita recibir la prestación en que consiste el servicio público y se caracteriza por el binomio derecho-obligación en sustitución del de potestad-sujeción.

Esto es, siguiendo al autor Sendín García (Sendín García 2003, 349), la función pública, además de la sujeción a los principios de eficiencia y buen funcionamiento¹⁷³, debe ser gestionada, como requisito sine qua non, ya sea por un Poder Público o una institución descentralizada, es decir, que no admite la participación de los particulares.

Dentro de esta tesitura, y siguiendo la doctrina italiana, la segunda diferencia consistiría en que la función pública corresponde a una actividad encaminada a la consecución de un fin esencial del Estado, mientras que el servicio público, corresponde a una actividad social, que, originalmente, era desarrollada por los particulares, pero asumida por el Estado debido a su importancia.¹⁷⁴

Finalmente, y este es un aspecto fundamental, la administración de justicia no puede ser considerada como una actividad prestacional, lo que constituye una de sus principales características en los distintos ordenamientos, con la excepción evidente de Francia. Tanto España, Alemania como los países que han adoptado la noción de public utilities, parten de que se trata de una conducta material, es decir, de que el particular lo que pretende es satisfacer una necesidad básica recibiendo una prestación.

Esta debe ser entendida como *“una actividad personal que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro sujeto a quien se proporciona una utilidad concreta y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria entre las partes.”* (Diez 1981, 17)

culo 4 de la Ley General de la Administración Pública al disponer que la actividad de los entes públicos debe sujetarse a los principios del servicio público.
TIZ, (Gaspar), “Principios de Derecho Público Económico”, Pág. 544-545.

Como bien indica el autor Sarmiento García, dicha prestación debe constituir el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el usuario, lo que significa: “(...) 1) *que es menester restringir la noción de servicio público a aquellas actividades encaminadas a procurar utilidades específicas a determinados habitantes (usuarios), ya que solo en estos casos se configura la actividad como una prestación en sentido técnico, o sea, una actividad que un sujeto debe efectuar en beneficio de otro, a quien se proporciona una utilidad concreta, y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente entre ambos. Por tanto, no constituyen servicio público aquellas actividades que, como la defensa nacional, aun traduciéndose en beneficio para los ciudadanos, no constituye el objeto de una concreta relación jurídica como ocurre con los servicios de teléfonos, gas, etc.*2) *Que la prestación del sujeto estatal- o persona delegada- debe representar el elemento esencial de la relación frente a la posible aportación económica por parte del usuario.*(...)” (Sarmiento García, Noción y Elementos del Servicio Público 1994, 17)

En el mismo sentido, puede consultarse Ariño Ortiz (Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica 2004), quien incluye esta constatación como un elemento definitorio del servicio público¹⁷⁵.

En el caso de la administración de justicia, el particular no acude para la obtención de un servicio que satisfaga una necesidad esencial, reiterando el carácter voluntario del surgimiento de la relación, sino que se acude a dirimir coactivamente un

conflicto. Si bien podría contra-argumentarse que respecto del actor si se da esa naturaleza prestacional, difícilmente podrá admitirse lo mismo respecto del demandado.

De admitirse esta tesis, entonces habría que admitir, con la doctrina francesa –a pesar de las enormes diferencias existentes en el desarrollo de ambos ordenamientos jurídicos-, que la totalidad del actuar del poder público es un servicio público, descartando, al mismo tiempo, la existencia de otras formas de actuación administrativa como la de policía o fomento. Ello llevaría, por ejemplo, a afirmar que la recolección de los impuestos es un “servicio” cuando, a pesar del claro interés público que existe en la materia, tal potestad difícilmente podría ser considerada como una actividad prestacional o servicio público.

Por último, en cuanto a la distinción que en muchos casos se hace entre la parte administrativa del despacho y la labor del juez, ésta en realidad parece ser una separación artificiosa de una actividad que, si bien es analizable en distintas etapas, lo cierto es que resulta indivisible, en la medida en que ambas están estructuradas para un único fin, la tramitación y resolución del conflicto. Ninguna de ellas constituye un fin en sí mismo, ni su actuación individual responde a resultados separables que al final se agregan. Por el contrario, el único “producto” que se entrega son las resoluciones judiciales y su cumplimiento.

De ahí que la referencia a la administración de justicia como un servicio público se ubica dentro de la noción amplia de servicio público, y no en el ámbito técnico jurídico según lo ya explicado.

Vale acotar, que parte de lo expuesto hasta este punto puede ser dicho de la revisión técnica vehicular, Si bien no cabe duda de que implica una actividad

prestacional. Ciertamente, la empresa contratada realiza una actividad material en favor de los propietarios de vehículos. No obstante lo anterior, esto no es suficiente para considerarla como servicio público.

Por el contrario, con base en la norma analizada por la Sala Constitucional, en realidad se trata de una competencia propia del Ministerio de Obras Públicas y Transportes en atención al interés público existente en la adecuada conservación de la flota vehicular, pero ello no implica que sea una necesidad esencial de la colectividad.

Por último, no puede obviarse el carácter coercitivo de la medida, ya que se trata de un requisito para obtener la tarjeta de circulación, y lo cierto es que, como ya se indicó con anterioridad, el servicio público se caracteriza por ser voluntario.

c) Criterio voluntarista

Otro criterio que se logra extraer de la jurisprudencia es aquel que sigue un criterio voluntarista o subjetivo¹⁷⁶ en virtud del cual, es la decisión del poder legislativo lo que determina que una actividad sea servicio público.

No cabe duda que la regulación emitida es un elemento que no se puede soslayar al momento de determinar si una actividad es o no servicio público. Empero, como se ha podido observar de los casos planteados, el uso del término por el legislador dista mucho de ser técnico, y por el contrario, en algunos casos la referencia se hace de manera refleja y no con la intención de ubicar una prestación dentro de la categoría que se analiza.

Criterio que incluso se encuentra en la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Bajo esta inteligencia, si este se plantea como un elemento definitorio, podría dudarse acerca de si el suministro de agua potable debe ser o no considerado como tal en atención al uso que se hace de la frase “servicio público” únicamente para justificar el tema tarifario.

Y aun tomando en cuenta la acertada observación de que no interesa tanto una afectación expresa sino que esta se pueda derivar del régimen jurídico utilizado, en particular, a partir de las obligaciones que pesan sobre el prestatario y los derechos de los usuarios, el problema radicaría en que desde el punto de vista lógico, regresamos a la observación realizada sobre la circularidad de la definición del servicio público impropio, en la medida de que el elemento que define el servicio público es al mismo tiempo la consecuencia que se deriva de él. No podría utilizarse, en este escenario, la fórmula “dado que se presentan estas características, entonces existiría servicio público, y por ende, se dan estas consecuencias”.

Aunado a lo anterior, la aplicación de este concepto también es puesta en entredicho por el caso de la recolección de desechos sólidos, en la medida en que la regulación se limita a establecerlo como una obligación, lo que no permitiría, aún admitiendo este criterio, considerarlo como servicio público, ya que la legislación ni se refiere a él como servicio público y el solo establecimiento de una obligación no lo diferenciaría de muchas otras figuras como los contratos.

En relación con este aspecto, la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos sigue este concepto voluntarista, ya que en su artículo 3 inciso a) los define como “...el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado

como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.”

Adicionalmente, si bien el numeral 5 enumera algunas actividades, se considera que esta en realidad no puede considerarse como una norma de la cual se pueda derivar como consecuencia jurídica una calificación jurídica. En primer lugar, debido a la mayoría de ellas tienen un régimen jurídico propio determinado por otras normas y en segundo lugar, debido a que el enunciado de dicha disposición es claro al establecer que dicha enumeración se hace para establecer respecto de cuáles actividades se desarrollará la fijación tarifaria, es decir, que se trata de una norma que fija una competencia administrativa.

Por último, no puede descartarse que el concepto en cuestión se utiliza, en algunos casos, como un recurso argumentativo para justificar la solución concreta que se le pretende dar al caso concreto, al margen de una construcción teórica sobre la cual se pueda sustentar una adecuada motivación. Se puede indicar que al ser un concepto que forma parte de la conciencia colectiva y que representa una materialización de la solidaridad que debe existir entre los seres humanos –lo que no se pone en duda-, se puede dar un uso justificante al margen de si se está realizando en forma técnico-jurídica.

d) Servicio público como derecho fundamental

Otro elemento que engloba el desarrollo jurisprudencial del concepto de servicio público es su elevación de derecho fundamental efectuado por la Sala Constitucional, al indicar que *“...al buen y eficiente funcionamiento de los servicios públicos, esto es,*

que sean prestados con elevados estándares de calidad, el cual tiene como correlato necesario la obligación de las administraciones públicas de prestarlos de forma continua, regular, célere, eficaz y eficiente...” (2011-11141, en este mismo sentido los votos 2004-05207 y 2011-8085).

En este punto, lo que se establece es la determinación de una actividad prestacional del Estado como un deber y un derecho de la ciudadanía, pero que, no viene a determinar una condición particular de dichos servicios y que, dentro de las observaciones expuestas anteriormente, lo que provocan es una afirmación de que la determinación de un concepto de servicio público no esta clara en nuestra legislación.

Sección III.- Conclusiones preliminares del tratamiento legislativo y jurisprudencial de la noción de servicio público

De lo expuesto hasta este punto, el análisis descriptivo de las actividades respecto de las cuales se afirma mayoritariamente que forman parte de la categoría de servicio público, permite obtener una idea más clara del estado de la cuestión en el ordenamiento costarricense, al tiempo que pone de relieve una serie de preconcepciones que puedan girar sobre ciertas actividades.

La primera conclusión que se puede extraer del muestreo utilizado es la ausencia de una noción unívoca de servicio en la legislación, la jurisprudencia administrativa y la judicial. No solo los criterios sostenidos por estas tres fuentes jurídicas respecto de un mismo servicio son en algunos casos disímiles, sino que incluso el tratamiento que cada una de estas realiza de la figura dista de ser uniforme, de lo cual ya se dio cuenta en las líneas precedentes. Lo anterior, comprueba la ausencia de univocidad que desde el inicio de esta investigación se ha sostenido.

El único rasgo transversal a todas las actividades que se han analizado es que cada una de ellas busca satisfacer una necesidad exigida por la colectividad con una característica de esencialidad¹⁷⁷. Asimismo, a todas se les reconoce, por esta misma razón, una connotación de interés general.

Aunado a lo anterior, no puede soslayarse que, a pesar de una importante línea jurisprudencial administrativa y judicial, la titularidad estatal, no sólo adolece de fundamento constitucional, sino que además, y principalmente, no está otorgada a todas las actividades que han sido agrupadas bajo dicho concepto. Nótese que, de las actividades que se analizaron, únicamente se puede afirmar como característica del transporte público y por disposición legal.

Por el contrario, se puede observar que la participación del sector privado en la satisfacción del interés general se da, no solo en virtud de la cooperación orquestada a través de la gestión indirecta, sino mediante la iniciativa privada. Esta concurrencia entre ambos sectores, como sucede en el caso de la educación y de las telecomunicaciones, se presenta cada vez con mayor fuerza, en la realidad costarricense, además de ser la tendencia que se ha seguido en los procesos de liberalización como en telecomunicaciones o seguros y se pretende, a través de distintas iniciativas, en el sector de energía.

Esta concurrencia, observable principalmente en los servicios económicos, no se encuentra descartada desde el punto de vista jurídico, en aquellos servicios de índole social. Nótese, por ejemplo, el caso de las ASADAS (Las Asociaciones administradoras de los Sistemas de Acueductos y Alcantarillados) entratándose del suministro del agua

¹⁷⁷ La esencialidad a la que se hace referencia en esta sección responde no a un concepto técnico jurídico, el cual se procurará desarrollar posteriormente, sino a su acepción normal.

potable, en donde estas asociaciones participan conjuntamente con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados en el cumplimiento de este servicio público. De hecho, el permiso que estas requieren para operar no se debe a una naturaleza privada de la actividad, sino por el contrario, a la naturaleza de bien demanial del agua.

Lo que sí parece inferirse es que, por la naturaleza e inversión requerida, tienden a permanecer más en el dominio del sector público, el cual debe asumir su prestación al establecerse, a nivel legal, su obligación de prestarlo. Así por ejemplo, en el caso de la recolección de residuos, la participación es posible sin que sea necesario el otorgamiento de una concesión; la habilitación para contratar contenida en el artículo 74 del Código Municipal se puede incardinar más bajo la explicación de una habilitación legal para el ente local, en virtud de las exigencias propias del principio de legalidad, que una reserva en favor de este. Nada obstaría, en principio, un supuesto de concurrencia en este servicio, aunque se insiste, podría intuirse una falta de interés de parte del sector privado.

En este contexto, la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones se ubica en la línea de pensamiento que ha defendido el nuevo concepto de servicio público. Se varió el esquema anterior, eliminando el monopolio que favorecía al Instituto Costarricense de Electricidad y así pasar a un esquema de concurrencia.

Esta particularidad –concurrencia–, como se ha podido observar, no es una novedad en el derecho administrativo costarricense, excepto por la terminología que utiliza la ley, propio del ámbito europeo, así como la incorporación de la figura del servicio universal, el cual se presenta como el mecanismo mediante el cual se busca

garantizar el pleno cumplimiento de los principios de igualdad y generalidad, según lo ya explicado.

Por otro lado, lo cierto es que de una lectura detenida de la jurisprudencia, se logran detectar, como se ha tratado de plasmar, diversas influencias de autores extranjeros, incluso en algunos casos entremezclando propuestas con orígenes muy disímiles.

Todo lo dicho permite concluir, que a nivel jurisprudencial no existe una noción unívoca en cuanto al concepto de servicio público. En este sentido, es la Procuraduría General de la República la que ha mantenido una línea de pensamiento uniforme, la cual, sin embargo, no explica la totalidad del sistema en virtud de lo dicho en torno a la titularidad estatal y a la realidad que se deriva de la construcción legislativa de diversas actividades, como se pone de manifiesto con el suministro de agua potable, recolección de residuos sólidos, y principalmente, con la incorporación de la Ley General de Telecomunicaciones.

En el campo jurisdiccional, no existe una única definición, y por el contrario, la noción que se utiliza parece depender del tipo específico de actividad que se analiza, sin que se haya elaborado un planteamiento general que las abarque.

La legislación, a su vez, resulta omisa en cuanto a la formulación de un concepto legal. La calificación que se realiza en este nivel se hace, en algunos casos, de manera refleja o residual. Así por ejemplo, se da por supuesta esta condición y la expresión se utiliza para hacer referencia al objeto de la regulación cuando se pretende establecer cierto presupuesto de hecho. Así por ejemplo, se puede citar el artículo 3 de la Ley Orgánica del AyA. El precepto en cuestión norma la fijación tarifaria, y la expresión

servicio público parece estar usada, no con la intención de someter la actividad a un régimen especial, sino para efectos argumentativos en sustitución de la referencia al suministro de agua potable.

Ciertamente, puede argüirse que la preocupación de los legisladores no se encuentra en el aspecto conceptual sino en la ordenación de una actividad de acuerdo a un modelo específico. No obstante lo anterior, las técnicas utilizadas son del todo disímiles. Así, por ejemplo, en algunos casos utiliza una afectación o publicatio, convirtiendo en pública la actividad (transporte público), en otros no se puede afirmar con claridad esta publicación, mientras que por otro lado, se recurre a un esquema privatista (telecomunicaciones). Tal es el caso del suministro de agua potable, en donde, a pesar de que se dice que es servicio público, no existe un indicio de que pretenda instaurar un monopolio de iure.

Esto quiere decir que la satisfacción de necesidades esenciales de la colectividad se ha articulado mediante diversas técnicas, las cuales han sido todas agrupadas bajo el concepto de servicio público, el cual, además, coexiste con la idea de servicio público propia del léxico cotidiano, alejado de la precisión que un instituto jurídico debe poseer (v.gr. lo expuesto sobre la administración de justicia).

Asimismo, no parece aventurado suponer que el concepto de servicio público se ha convertido en un “a priori” dentro del Derecho Administrativo, es decir, un concepto del cual se presupone su existencia y contenido sin que exista claridad en cuanto al alcance y los contornos ontológicos del término. Existe una intersubjetividad aparente sobre el mismo, derivada posiblemente de su uso común, no solo en ámbitos jurídicos, sino dentro de la cotidianeidad de la sociedad. Es difícil encontrar una persona que no

tenga una idea básica de qué entender por servicio público, así como una noción igualmente general de los derechos que de esta acepción se derivan (igualdad, generalidad, continuidad, etc).

El uso del término se encuentra vinculado, en la mayoría de los casos, a efectos de garantizar los parámetros con base en los cuales ciertas actividades se deben de prestar, esto es, para aplicarle el régimen jurídico propio del servicio público. Lo anterior se demuestra con solo constatar la falta de univocidad del concepto y la dificultad, no solo a nivel local, sino también en el derecho comparado, de formular un concepto basado en criterios materiales.

En este sentido, esta ilusión de intersubjetividad se destroza bajo el crisol de la realidad, que se impone en forma constante y permanente a las nociones que el derecho formula procurando una rigurosidad científica que le es tan propia como ajena debido a que su objeto de estudio es una realidad dinámica influenciada por la propia acción de los distintos componentes de la sociedad (incluyendo en esta las decisiones jurisprudenciales y la opinión de la doctrina).

Capítulo Tercero: Acercamiento a una elaboración del concepto de servicio público en Costa Rica.

El enfrentarse a la noción de servicio público, por demás esquiva y difusa, no puede sino traer a la memoria las palabras proferidas por Descartes cuando este, refiriéndose a la filosofía, reconocía su duda ante la posibilidad de llegar conocer la verdad, y planteaba que a pesar de que aquella (la filosofía) había sido *“cultivada por los más excelentes espíritus que vivieron desde hace siglos [...] no se encuentra todavía cosa alguna de que no se discuta y, en consecuencia, que no sea dudosa, yo no tenía bastante presunción para esperar encontrar algo mejor que los demás”* (Descartes 1996, 19)

Ciertamente, las dificultades de asir los elementos definitorios del servicio público generan la identificación con el sentimiento que se percibe en las palabras anteriores. Por eso, lo dicho en aquella oportunidad parece una introducción adecuada a este intento de elaborar una definición que abarque la heterogeneidad y dinamismo de las actividades que se entienden como servicio público, y que, cumplen la función esencial en la sociedad de satisfacer las necesidades básicas de los habitantes.

Precisamente, el gran reto es establecer una definición que cumpla con criterios taxonómicos de forma tal, que los elementos definitorios que se planteen abarquen la totalidad del fenómeno y al mismo tiempo, permitan distinguirlo de los demás. Dicho de otra forma, la yuxtaposición de elementos definitorios que se propongan debe ser única para el caso del servicio público, en la medida en que, de presentarse, la actividad debe ser considerada como tal, con exclusión de cualquier otra categoría jurídica.

Por otro lado, y siguiendo a Descartes, este concepto debe ser claro y preciso, o al menos, esta es la aspiración que debe tener cualquier intento de definición conceptual.

Ahora bien, dado que se trata de un fenómeno que escapa de lo jurídico y abarca también lo social —el servicio público es una noción intrínsecamente arraigada en el inconsciente colectivo de la sociedad, el cual además se ve como un derecho de las personas—, esta elaboración se realizará principalmente a partir de las conclusiones extraídas del repaso de las actividades analizadas en esta investigación, sin obviar algunas otras prestaciones que compartan las características anteriores.

En este punto, es imprescindible develar un aspecto metodológico que condiciona esta, y creemos que cualquier elaboración del concepto de servicio público. Por las características del fenómeno, la aplicación pura de los métodos deductivos o inductivos resulta imposible. Como se puede conjeturar de lo dicho hasta este punto, el elaborar una noción abstracta que sea aplicada sobre la realidad genera importantes inconsistencias en el razonamiento debido a que, bajo esta dirección, se pretendería que la realidad se amolde a esa construcción abstracta. Si algo ha quedado claro de la evolución del concepto es que la realidad (las pretensiones de los ciudadanos, los modelos de Estado que se han implementado, las exigencias sociales, económicas y políticas, en suma, toda la complejidad de lo social) ha desbordado cualquier elucubración que se haga. Cabe destacar que, si se analiza con cuidado, toda construcción dogmática que en este sentido se ha hecho afronta fenómenos específicos y los analiza como servicio público.

La solución entonces pareciera que debe decantarse hacia una vía inductiva. Empero, esto no se encuentra exento de dificultades ya que la crítica metodológica se dirigiría a cuestionar el criterio seleccionador de las prestaciones o actividades a partir de las cuales se pretende extraer esas conclusiones, es decir, para determinar los elementos particulares con base en los cuales se pretende realizar la inferencia lógica se requiere suponer, al menos, un común denominador.

En definitiva, se está frente a un problema circular generado precisamente por lo que constituye el objeto mismo del Derecho, esto es, una realidad que por un lado condiciona a las instituciones jurídicas y que por el otro, y de manera simultánea, esta se ve perfilada por aquel. Existe entre el derecho y la realidad una doble implicación que imposibilita un análisis unidireccional, siendo el servicio público, una de las áreas en donde esta circunstancia más se evidencia.

De igual forma, la metodología fenomenológica permite acercarse al fenómeno y apuntar las principales coincidencias o disimilitudes de lo que en la práctica forense es considerado como servicio público, y precisamente esta la limitación que presenta para la elaboración de un concepto general y abstracto. Esto, sin perjuicio claro está, del aporte que esa constatación ofrece.

No obstante lo anterior, si creemos posible la formulación de este concepto general, para lo cual consideramos que el camino menos dificultoso y más transparente es el inductivo, en la medida en que incorpora los datos que arroja la realidad a través de la reflexión fenomenológica realizada y los incorpora en la formulación de un concepto. Presenta la ventaja, que obliga a una toma de conciencia de esta doble implicación, reduciendo la fricción entre derecho y realidad.

Esto obliga, sin embargo, a reconocer y plantear transparentemente que el razonamiento parte de una premisa, extraída ciertamente de la evidencia empírica que ha arrojado la investigación, y que servirá como elemento aglutinador de las actividades a partir de las cuales se aplicará el método inductivo.

De las conclusiones preliminares que se logran extraer, tanto del análisis jurisprudencial como de la formulación histórica del concepto de servicio público, existe un elemento que siempre ha estado presente, cuál es que la prestación o la actividad se revista de esencialidad respecto de las necesidades de la colectividad. Esta nota se ha mantenido incólume en los distintos ordenamientos jurídicos, desde las primeras afirmaciones esbozadas por Duguit en la Francia post revolucionaria hasta la actualidad, tal y como se da cuenta a partir del análisis de la jurisprudencia, en donde esta consideración se trasluce claramente en el aparato motivacional de las decisiones. En este sentido, se puede afirmar que esta particularidad ha sido una constante en todos los tiempos, incluso desde la Edad Media, y en los distintos lugares. Lo que varía es la forma mediante la cual se le dio respuesta.

Acá se encuentran dos extremos, el francés y el anglosajón, los cuales responden a dos visiones de Estado distintas. El primero, de gran influencia en España y en Costa Rica, partió de la premisa de que la mejor forma de satisfacer las necesidades de la colectividad era mediante la participación del aparato estatal. El otro, por el contrario, potenció la iniciativa privada para cumplir con dicha tarea, reservándole al Poder Público una tarea de segundo piso, la fiscalización y regulación.

De igual forma, esta constatación se puede realizar de las exigencias que, como sociedad, se realizan al poder público, de quien se espera la solución de estas

necesidades. Precisamente, el fenómeno que se estudia se presenta en esta circunstancia, siendo que las distintas actividades constituyen la respuesta del poder público a estas necesidades.

Lo anterior además permite explicitar un aspecto adicional que se ha procurado permear en la elaboración. La noción de servicio público, como instituto clave del derecho administrativo, ha sido analizada, en la mayoría de los casos, a partir de la Administración. Debe reivindicarse en su estudio lo más importante, lo que le da su razón de ser: su destinatario, la persona que le requiere y lo aprovecha.

Esto justifica, además, que la premisa sea justamente la esencialidad para la subsistencia de las personas que integran la colectividad que requieren de determinadas prestaciones que, por sí solos, estarían en imposibilidad de autosatisfacer.

Así las cosas, esta premisa se convierte, indefectiblemente, en el primer, y quizás más importante elemento definitorio del servicio público.

Ahora bien, previo a ingresar al análisis de los elementos que se proponen como delimitantes del concepto de servicio público, es importante reiterar la polisemia que afecta al término servicio público, el cual no se va a profundizar por haber sido objeto de diversas reflexiones a lo largo de esta investigación.

Así, el análisis jurisprudencial lleva a identificar dos niveles distintos en los que se utiliza el concepto de servicio público con alcances radicalmente distintos. El primero, en el que se identifica con la finalidad que debe perseguir el Estado y la segunda, como naturaleza de determinadas actividades.

Este primer nivel responde a la pretendida aplicación de los principios del servicio público a la forma en que el Estado desarrolla su actuar, es decir, se asocia más a los valores institucionales que se consideran deben guiar la conducta pública.

No se distingue, en este sentido, de las grandes líneas esbozadas por Duguit para quien el Derecho administrativo es el Derecho de los servicios públicos. Recuérdese que la noción de este autor está inmersa, no en un análisis de las formas de actuación que asume el poder público, sino bajo la pretensión de formular una teoría de Estado estructurado en torno al servicio público. No está de más reiterar que, para este autor francés, hablar de actividad administrativa es hablar al mismo tiempo de servicio público.

Este pareciera ser el sentido del numeral 4 de la Ley General de la Administración Pública, que establece que *“la actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.”*

No creemos que deba inferirse de esta norma que el servicio público es sinónimo de actuar administrativo. Esto generaría el peligro de desconocer actividades que puedan ser consideradas como tales, solo por el hecho de ser gestionadas bajo la iniciativa privada. De igual forma, un planteamiento como el anterior llevaría a la crisis del concepto vivida en los siglos XIX y XX con ocasión de los servicios industriales.

Se puede indicar que, en el fondo, se trata, no tanto de una acepción técnica sino de una aspiración en cuanto a la forma en que se pretende que funcione el

aparato estatal y, bajo esta inteligencia, es más propia de la sociología jurídica que del derecho administrativo.

Precisamente, por esta carencia de un sentido técnico es que se critica su uso para describir, por ejemplo, la administración de justicia o el servicio de revisión técnica vehicular como servicio público. En este sentido, debe distinguirse claramente que se tratan de funciones estatales a las cuales les resultan aplicables los principios del servicio público en virtud de lo dispuesto en el ordinal cuarto de la Ley General de la Administración Pública, pero no son servicio público.

El segundo nivel o acepción se refiere propiamente a la naturaleza de las actividades producto de su esencialidad y del interés general que se encuentra asociado, y que se manifiesta en distintas maneras. Esta investigación se aboca específicamente a clarificar esta noción.

Un criterio similar se encuentra en M. Carlón Ruiz quien distingue entre teoría, técnica e ideología del servicio público. La primera sería aquella *“teoría explicadora de la esencia el [sic] Derecho administrativo”*, la segunda, sería la *“técnica jurídica que busca garantizar la prestación de ciertas necesidades en las que confluye un interés general”* mientras que la última se refiere *“al convencimiento de que hay ciertas actividades que encierran un fuerte contenido de interés general en un contexto de solidad social que obliga a que su desarrollo sea objeto de especial atención por parte de los poderes públicos a los efectos de asegurar su prestación a todos los ciudadanos en determinadas condiciones.”* (Carlón Ruiz 2007, 26)

Coincidiendo con esta autora, el servicio público puede desarrollarse a partir de diversas técnicas, las cuales constituyen la forma particular mediante la cual se procurará satisfacer de mejor manera las necesidades de los particulares.

En todo caso, es importante aclarar que no se critica el uso de cualquiera estas acepciones a nivel jurisdiccional, sin embargo, sí se considera fundamental el aclarar el sentido en el que se está utilizando a efectos de contar claridad sobre sus alcances y evitar la confusión que se aprecia, tal y como se ha referido con anterioridad.

Sección I: Elementos definitorios

En lo que atañe a la noción técnico jurídica de servicio público, en nuestro criterio, esta presenta una serie de elementos definitorios que permiten distinguirla de otras actividades, las cuales se detallan a continuación:

A) Esencialidad de la actividad

Esta nota ya había sido anticipada y se extrae precisamente de que ha constituido el factor común de que liga las distintas actividades que han sido consideradas como servicio público, tanto en diversos ordenamientos como a nivel local.

Ahora bien, el concepto de esencialidad, como concepto jurídico indeterminado requiere de algún esfuerzo en su precisión. En este sentido, por actividad esencial ha de entenderse aquella que resulte indispensable para el pleno desarrollo de las personas en la sociedad.

Claro está, esta nota de esencialidad no puede ser entendida en forma estática, sino que debe variar de un momento a otro y según las particularidades de cada época

y de cada región. Se trata de un concepto flexible y dinámico, lo cual permite adaptar la noción de servicio público a las distintas necesidades de las personas. Esta característica es consustancial al servicio público, como lo demuestra su pervivencia hasta nuestros días a pesar de las múltiples crisis que ha afrontado.

Es importante hacer notar que la esencialidad que se propugna no debe ser vista desde un punto de vista individualista, lo que llevaría, indudablemente, a un relativismo que impediría una valoración objetiva en cuanto al concepto en cuestión. Por el contrario, esa esencialidad, si bien referida a los individuos, se encuentra vinculada indefectiblemente a la colectividad a la cual pertenece.

Esa necesidad esencial debe ser analizada desde la perspectiva de la colectividad, lo que implica, que es común, sino a todos los individuos, a la mayoría. Así por ejemplo, tratándose del suministro de agua, el que una persona tenga acceso a un pozo, debidamente registrado y cuya explotación le ha sido autorizada, y en ese tanto, este le satisface su necesidad, no por ello se le restaría esencialidad al suministro de agua.

Esto es importante en la medida en que explica la existencia de ciertos servicios públicos a nivel nacional y otros a nivel local, no solo en atención al órgano encargado de prestarlos, como usualmente se analiza, sino que además de acuerdo a las necesidades particulares de cada región.

Se reconoce, de esta forma, la posibilidad, aunque excepcional, de que ciertas actividades sean servicio público en una circunscripción territorial y en otras no, por no ser necesarias. Así, lo propio sería hablar de servicios públicos nacionales y servicios

públicos locales o regionales, teniendo claro que los primeros pueden ser gestionados localmente.

Asimismo, debe considerarse el ligamen establecido en algunas sentencias judiciales entre el servicio público y los derechos fundamentales. Lo anterior debe ser analizado, precisamente, a la luz de la nota de esencialidad.

No cabe duda que la satisfacción de los derechos fundamentales constituye un elemento primordial para el adecuado desarrollo de la persona, tanto a nivel individual como social. De esta forma, en el tanto el contenido básico o núcleo de un derecho fundamental requiera de una actividad prestacional para su satisfacción, entonces no cabe duda que se trata de una necesidad revestida de esencialidad para el pleno desenvolvimiento de la persona.

Con esto se pretende plantear un cuestionamiento respecto de quienes afirman que no existe una actividad con vocación al servicio público. Si bien es cierto no puede elevarse a generalidad, existen algunas en donde sí se puede afirmar esto.

Claro está, con esto no se quiere decir que todo derecho fundamental implica, per se, una necesidad esencia, sino que en el tanto el contenido básico de ese derecho solo pueda ser satisfecho mediante la prestación de un servicio, entonces en ese momento se está en presencia de este requisito. Esto implica, como resulta evidente, hacer un análisis detallado del elemento central del derecho fundamental con base en el cual se pretende afirmar la existencia de un servicio público. Tal es el caso, por ejemplo, del suministro de agua potable, cuya prestación resulta básica para el sostenimiento del derecho a la vida.

B) Carácter prestacional

Sobre este punto ya se adelantaron las principales ideas al momento en que se analizó el tema de los servicios públicos administrativos. Interesa reiterar que lo propio de un servicio es su carácter de actividad material, por oposición a las formales.

Lo característico es que la prestación pretendida por el destinatario implica, en el prestatario, una obligación de hacer. La relación jurídico administrativa que surge entre ambos se compone por el binomio derecho subjetivo-obligación, en donde el primer implica la posibilidad de exigir una actuación material específica.

El requerimiento de esta prestación, además, debe caracterizarse por ser voluntario. Aún y cuando esta libertad de solicitar el servicio se ve relativizado por la nota de esencialidad que reviste la actividad, a lo que se hace referencia es a la imposibilidad jurídica de imponer coactivamente su prestación.

C) Posición de garante por parte del Estado

En primer término, debe aclararse que bajo este concepto no se hace referencia a una noción de titularidad estatal. Por el contrario, se pretende rescatar parcialmente la noción francesa de referibilidad de la actividad al Estado¹⁷⁸.

Como ya se indicó, la titularidad estatal o exclusividad regalística es una novedad española cuyo traslado al ordenamiento jurídico que no puede ser aceptada con facilidad como elemento definitorio del concepto objeto de estudio. En el país ibérico, es la propia Constitución Política, en el artículo 128, la que establece que las

¹⁷⁸ Véase la aclaración que en este sentido se incorporó sobre la titularidad estatal como una novedad española frente a la noción francesa que no asumió esta característica.

actividades esenciales son reservadas al poder público. Nuestro texto fundamental adolece de una norma que pueda ser asimilada.

Por el contrario, el numeral 28 de la Carta Magna dispone que *“Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”*. De esta forma, en virtud del principio de reserva de ley, sería decisión del legislador el excluir una actividad del comercio para otorgarle su titularidad al Estado, y por ende, limitando la participación privada bajo la figura de la gestión indirecta.

Por otro lado, la idea de titularidad estatal resulta contraria a la forma en que la sociedad costarricense ha optado por satisfacer estas necesidades esenciales, ya que la concurrencia entre el sector público y privado es una nota común. Además de los casos ya expuestos de la educación y telecomunicaciones, puede citarse la bancaria¹⁷⁹, salud, entre otras.

De esta forma, admitir este elemento implicaría forzar una conclusión distinta a la que se extrae de la globalidad del ordenamiento jurídico, y obligaría a distinguir artificialmente actividades que materialmente son iguales, pero que se encuentran sometidas a regímenes distintos. Asimismo, haría necesario la inclusión de la figura del servicio público impropio, a pesar de la contradicción lógica que entraña y que ya fue apuntada.

¹⁷⁹ En este sentido, no debe entenderse que se propone que toda la actividad bancaria debe ser considerada como servicio público, aunque ciertamente es una actividad de interés general. No obstante lo anterior, el sistema de pagos del país, el cual abarca tanto al Banco Central de Costa Rica como a las instituciones financieras sí puede ser conceptualizado como servicio público. De igual forma, vale la pena aclarar que la intermediación financiera propiamente dicha no podría ser catalogada como servicio público, en la medida en que este es el proceso resultante de la labor de captación y colocación que realizan los intermediarios, y de la cual los clientes bancarios no son usuarios, es decir, esta no constituye un servicio prestado al público. La relación entre clientes y bancos se desarrolla bajo cualquiera de las actividades que conforman el ciclo de intermediación, ya sea, mediante la colocación de dinero o la obtención de créditos bancarios. Lo que sin duda constituye servicio público es el acceso al sistema de pagos nacional.

Por el contrario, en esta investigación se sostiene que puede calificarse como servicio público una actividad indistintamente de si esta se desarrolla bajo iniciativa privada, pública o en concurrencia.

La posición de garante que se defiende como elemento definitorio hace referencia, por el contrario, al deber del Estado de garantizar su efectiva prestación, lo que puede realizar mediante distintas técnicas de intervención, sea la prestación directa, en concurrencia o la mera regulación y fiscalización de los sujetos privados que la desarrollan.

Consiste en la responsabilidad u obligación que pesa sobre la Administración de velar porque el ciudadano tenga acceso a la prestación que conforma esa actividad esencial en forma continua, bajo parámetros de igualdad, calidad y eficiencia.

Según destaca Schmidt-Assman (Schmidt-Assman 2003), la responsabilidad de los poderes públicos se mueve entre una marco y una de cumplimiento, existiendo entre estos una serie de grados intermedios. La primera es aquella básica que pretende establecer el marco general de acción de los privados, como por ejemplo la aprobación de normas de derecho civil; la segunda, por su parte es aquella en la que la Administración asume la responsabilidad sobre el ámbito social, pudiendo abarcar desde la prestación directa, hasta el financiamiento a privados.

La posición de garante se movería precisamente en el espectro de la responsabilidad de cumplimiento. En algunos casos, bastará la regulación mientras que en otros, podrá optar por la prestación directa, pero en todos, le corresponde velar y garantizar que el particular tenga acceso a la prestación.

Claro está, la promulgación de reglamentación o la existencia de fiscalización sobre una actividad no supone, per se, esta posición de garante, ya que la intervención administrativa puede tener justificación en un interés público o general pero no quiere decir que en caso de que se suspenda la actividad, el Estado tenga la obligación de procurar, por sus propios medios, la efectividad de la prestación.

Esta obligación puede derivarse de la regulación establecida por el legislador respecto de determinada actividad, o incluso como derivación de un derecho fundamental, en tanto estos son exigible erga omnes.

Es importante destacar respecto de este elemento definitorio el que no se trata de algo ajeno a la normativa costarricense.

Esta idea se encuentra en la base de la incorporación del servicio universal, que no es otra cosa sino potenciar el deber del Estado de velar porque el servicio de telecomunicaciones se brinde a todos los habitantes sin distinción, aún en contra de la iniciativa privada.

Tal es la idea que permea desde la Ley para la Gestión Integral de Residuos cuando utiliza la expresión “garantizar” respecto del servicio de recolección de basura. Lo mismo el numeral 60 de la Ley Orgánica del Ambiente, el cual, si bien no habla de servicio público, sí establece que el abastecimiento del agua potable como una responsabilidad del Estado. Esta noción de responsabilidad se usa en el sentido de obligación de garantizar la prestación.

En definitiva, se trata de una noción que se encuentra a la base del ordenamiento jurídico costarricense, y que permite establecer una línea divisoria clara, transparente y objetiva entre el servicio público y las actividades de interés general, en

las que no se da esta posición de garante aunque se justifique una intervención más o menos intensa.

« « « « « » » » » » » »

De esta forma, podemos determinar que en la definición del servicio público se encuentra, necesariamente, una actividad esencial de interés general, de índole prestacional y respecto de la cual el Estado asume una posición de garante.

« « « « « « » » » » » » » »

Bajo esta definición, la cual pretende ubicarse en el segundo nivel semántico al que se ha hecho referencia, se pueden implementar las más diversas técnicas de servicio público, cuya definición recaería en el legislador.

Como parte de estas técnicas, se puede optar por la publicación de la actividad, una prestación en concurrencia o bien, se podría optar por la iniciativa privada como vehículo para la satisfacción de las necesidades de la colectividad, sin que cualquiera de las anteriores elecciones implique una distinción en cuanto a la naturaleza de la actividad de cara al particular.

A manera de ejemplo, en un supuesto de la concurrencia, tanto sería servicio público la prestación realizada por el Estado como aquella desplegada por un particular. A lo más, se deberán considerar particularidades del régimen jurídico propio de cada uno, como lo podría ser la aplicación del servicio al costo. En todo caso, esto sería modulaciones mínimas que no alterarían las garantías de los destinatarios del servicio.

Así, coexistirían tanto actividades privadas como públicas bajo una misma noción, dado que la naturaleza especial está dada por la esencialidad de la prestación.

En este sentido, la posición de garante que asume el Estado respecto de la actividad en el supuesto de que opte por retraerse en beneficio de la iniciativa privada se erige como elemento de seguridad para el particular de que su posición jurídica no se vería desmejorada por una decisión arbitraria de los prestatarios, en la medida en que el Estado conserva los elementos necesarios para garantizar la adecuada prestación del servicio mediante las distintas técnicas de intervención administrativa, siendo la regulación y la fiscalización una de las principales herramientas en este esquema.

De esta manera, se pretende dar un carácter material u objetivo a la noción de servicio público, en línea con autores como Sendín García, Montaña Plata o Villar Ezcurra, prescindiendo de criterios subjetivos (o voluntaristas) u orgánicos que tienen el efecto de segmentar el servicio público y forzar la utilización de figuras adicionales o complementarias que expliquen la concurrencia entre sector público y privado que pareciera, en la actualidad, es consustancial a la noción.

En este sentido, el servicio público se podría articular bajo diversas técnicas sin que esto afecte el régimen jurídico del servicio que recibe el destinatario. Dicho con más claridad, dado que el servicio público encuentra su razón de ser en el destinatario, desde la perspectiva de este, las características del prestador no deben generar ningún tipo de distinción en cuanto a sus derechos.

En la medida en que se den los presupuestos de hecho arriba descritos como integrantes de la definición, se da como consecuencia el despliegue del régimen

jurídico propio de los servicios públicos, independientemente, se insiste, de si el prestatario es público o privado.

La Sala Constitucional, planteó una idea similar, cuando refiriéndose al caso de los servicios de telecomunicaciones, señaló que aunque sea una actividad prestada bajo reglas de la competencia, seguía siendo un servicio público, y por ende, se debía de respetar sus principios.

Así las cosas, el servicio público puede ser estructurado siguiendo distintas técnicas, las cuales van desde la asunción por el poder público de la titularidad de la actividad, como en el caso del transporte público, hasta la liberalización de la actividad pero siempre manteniendo el Estado el deber de fiscalizar y garantizar los términos de la prestación.

Dentro de estos dos extremos, se puede encontrar la prestación en concurrencia entre el sector público y privado, como en educación, así como la figura del servicio universal, que como indica M. Carlón Ruiz, consistiría en una técnica más de servicio público y no el reducto último al que se le ha pretendido limitar.

En la medida en que estas técnicas ya han sido descritas a lo largo de la presente investigación, no existe interés real en reiteraciones innecesarias, por lo que se remite a los análisis realizados en las secciones correspondientes.

Conclusiones

Finalizada la investigación, lo que corresponde es dar una respuesta a las tres interrogantes que dieron pie a este proyecto.

En un primer acercamiento, fue cuestionado ¿Cuál es el concepto propio de servicio público? El cual, después de la revisión histórica efectuada podemos concluir que es un concepto que se encuentra íntimamente ligado con los factores políticos, históricos y culturales, del entorno en el que se desarrolla. Así por ejemplo, la época revolucionaria francesa, y su desconfianza en las estructuras vigentes en ese momento, implicó una visión de servicio público asociado indefectiblemente con el actuar del poder público diseñado a partir de la ruptura con el orden monárquico. Igual sucedió en los países del common law en donde las ideologías imperantes potenciaron la iniciativa privada.

La forma que se asume esa solución varía radicalmente de un ordenamiento a otro a partir de la concepción que se tenga del Estado y de la dinámica existente entre este y los particulares. En el caso francés, implicó que el Estado asumiera la prestación de estas actividades como aspecto fundamental de su actuar administrativo, con detrimento de la iniciativa privada. En el otro extremo, los países anglosajones consideraron que la mejor manera para dar cumplimiento a esta exigencia era a través de la iniciativa privada, con un aparato estatal fiscalizando y regulando, surgiendo la figura de los public utilities. Así, servicio público y public utilities constituyen dos figuras homólogas, diferenciadas por su génesis.

Dentro de estos extremos, surgen distintos esquemas, como el español, caracterizado por adicionar la titularidad estatal como una nota de cuño propio, y el alemán, que se encuentra en una posición intermedia entre ambos polos.

En épocas más recientes, la Unión Europea ofrece un claro ejemplo de lo anterior, en la medida en que las distintas ideologías y modelos de desarrollo que se amalgaman en una nueva entidad supranacional, obligó a la reformulación de los distintos conceptos de servicio público imperantes en los distintos ordenamientos jurídicos, prevaleciendo un esquema en donde se potencia la iniciativa privada y se procura reducir la participación activa del Estado para que asuma una posición más retraída.

No obstante lo anterior, en todos los casos, la noción de servicio público constituye la solución brindada a un mismo problema: la satisfacción de las necesidades esenciales de una colectividad.

Un problema adicional constatable a través de la presente investigación, es la problemática que representa las anteriores concepciones (servicio público como actuar administrativo o como actividad publicitada, incluso, aunque en menor medida, para la procura existencial) el tema de la concurrencia.

La prestación de servicios, cada vez más vinculados con el régimen de competitividad y mercado y, aún mayor con el surgimiento de las tecnologías disruptivas ha hecho que la figura del Estado como generador de actividades para la sociedad ha sido disminuida, tal es así representado con la desagregación de los servicios hasta lo que se acuñó en la corriente anglosajona como servicio esencial.

Esta revisión histórica ilustra claramente que, la determinación de un concepto unívoco de servicio público no ha sido gestado y que, por el contrario, sus diferentes variantes se dan en razón de las ideologías propias de las legislaciones.

Como una segunda hipótesis bajo valoración, fue cuestionado ¿Cuál es la corriente doctrinaria que sigue el concepto de servicio público en Costa Rica?

Al ser revisados los distintos acercamientos dados tanto en la legislación como en la jurisprudencia nacional, es posible constatar como una misma actividad, una idéntica prestación, dependiendo del prestatario puede ser identificada o no como un servicio público, lo que plantea una clara contradicción. La naturaleza de una actividad no puede depender del prestatario si la prestación es idéntica.

Con lo anterior, se puede concluir que el problema se produce a partir de la identificación de los elementos definitorios y, en particular, debido a la línea deductiva que se ha seguido.

Desde esta perspectiva, consideramos que lo adecuado es extraer el concepto a partir del usuario a quien va destinado, así como de los elementos comunes entre las distintas actividades, y no que la elaboración de aquel se realice en forma casuística respecto de una prestación regulada en una forma determinada. Esto lleva, indefectiblemente, a la creación de diversos conceptos de servicio público que coexisten, en claro detrimento del principio lógico de identidad.

En esta línea, otro aspecto que se puede constatar es que la noción de servicio público presenta una notoria polisemia, lo que se evidencia a partir de su uso tanto en la jerga forense jurídica como a nivel popular. Es decir, asociado a los principios y valores que deben caracterizar la conducta pública. Se aplica indistintamente a todo el actuar estatal como aspiración en cuanto a la forma en que se debe desarrollar la encomienda de gestionar los asuntos públicos. Es en este nivel en el que la población ubica su noción de servicio público.

Y, como última hipótesis se nos presenta la gran interrogante ¿Es necesario, en Costa Rica, una modernización del concepto de servicio público?

Sobre este aspecto, el punto en análisis se debe centrar la discusión en cuanto a la noción de servicio público desde el punto de vista del derecho administrativo.

Así, consideramos que por servicio público se debe entender aquella actividad esencial de interés general, de índole prestacional y respecto de la cual el Estado asume una posición de garante.

A partir de esta definición, el servicio público se puede articular mediante diversas técnicas, las cuales abarcan desde la publicación de la actividad (titularidad estatal de esta), la mera regulación y fiscalización de la iniciativa privada que asumió la solución de estas necesidades hasta esquemas intermedios, donde se potencia la libre competencia pero reservando la posibilidad de exigir un determinado comportamiento por parte de los prestatarios (servicio universal). Resulta competencia del legislador elegir, dentro de su ámbito de discrecionalidad, la técnica que considera más adecuada.

De acogerse la propuesta planteada, se permitiría diferenciar el ámbito propio de la actividad de interés general y del servicio público, principalmente en atención a la posición de garante que caracterizaría al último.

Precisamente, dada esta polisemia, resulta fundamental que a nivel doctrinal y jurisprudencial se haga la distinción en cuanto a la acepción que se utiliza, para evitar contribuir, así, a la dificultad de contar con una definición menos difusa.

Es importante destacar, asimismo, que a nivel de legislación y doctrina, en Costa Rica se puede identificar en la actualidad una fuerte influencia española en cuanto a la utilización de la titularidad estatal como principal elemento definitorio del servicio público, aunque de igual forma se encuentran algunas nociones que se asemejan más a la noción francesa, en particular cuando se recurre a la distinción entre servicio público propio e impropio.

La promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones incorporó la figura del servicio universal, la cual se enmarca más dentro de la tradición anglosajona y dentro del nuevo concepto de servicio público europeo.

Esto permite afirmar que no existe una noción general a nivel jurisprudencial que ofrezca una explicación comprensiva del fenómeno legislativo, sino intento explicativos del caso particular en función de la forma en que se encuentra legislada la actividad, o del resultado que se pretenda justificar. En nuestro criterio, la distinción entre un concepto englobante genérico, y las distintas técnicas que lo pueden integrar colaboraría en la tarea nomofiláctica propia de la jurisprudencia.

De esta forma, como producto o aporte de la presente investigación se plantea una propuesta de reforma a la Ley General de la Administración Pública, en el cual se incorpore un artículo que sirva de orientador al operador jurídico, bien sea desde la creación de las normas o de la jurisprudencia a generar una corriente unívoca y clara que permita, dentro de los criterios de discrecionalidad del legislador determinar aquella actividad que pueda ser considerada como servicio público al confluir elementos como (i) la satisfacción del interés general, (ii) que sea de índole prestacional y (iii) respecto de la cual el Estado se encuentra en una posición de garante.

De igual forma, como parte de una propuesta de reforma legal, se incorporan elementos en la legislación que sirvan de parámetro para el legislador, a efectos de que, en la definición de dichas actividades debe señalarse en forma clara la técnica que considera más adecuada mediante la cual se desarrollará la prestación del servicio, y dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de someter la actividad a titularidad estatal, o bien, que se desarrolle por iniciativa privada sometida a obligaciones de servicio público.

Consideramos que con dichos elementos orientadores, la creación normativa y por ende, la ejecución de las distintas actividades prestacionales puedan tener mayor claridad en su definición y, por ende, en su ejecución en lo que corresponde a responsabilidad y obligaciones por parte del Estado o los particulares.

Por las razones expuestas es que incorporamos una propuesta de Proyecto de Ley que consideramos que si bien debe pasar por el proceso legislativo, considera en su contenido los elementos necesarios para que dentro del planteamiento y propuestas legislativas futuras, se de una orientación y una construcción del servicio público con mayor claridad para el operador jurídico y que, a su vez, puede brindar mayor seguridad jurídica a los ciudadanos y usuarios de dichos servicios.

A continuación la propuesta que se plantea:

PROYECTO DE LEY

REFORMA A LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚM. 6227 **DE 2 DE MAYO DE 1978.**

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

EXPEDIENTE N° _____

La prestación de los servicios públicos por parte del Estado ha pasado por una seria transformación conceptual a raíz, no sólo de la realidad socio-económica del país, sino al fenómeno de la competencia y el libre mercado.

Conceptualmente, el servicio público desde Duguit en la Francia post revolucionaria, parte de la consideración de que se trata de aquellas actividades que son consustanciales a la Administración Pública y la definen por tener como finalidad la satisfacción del interés de la colectividad a cargo del Estado

En lo que respecta al desarrollo histórico del concepto de Servicio Público, se encuentran dos extremos, el francés y el anglosajón, los cuales responden a dos visiones de Estado distintas. El primero, de gran influencia en España y en Costa Rica, partió de la premisa de que la mejor forma de satisfacer las necesidades de la colectividad era mediante la participación del aparato estatal. El otro, por el contrario, potenció la iniciativa privada para cumplir con dicha tarea, reservándole al Poder Público una tarea de segundo piso, la fiscalización y regulación.

De igual forma, esta constatación se puede realizar de las exigencias que, como sociedad, se realizan al poder público, de quien se espera la solución de estas necesidades. Precisamente, el fenómeno que se estudia se presenta en esta circunstancia, siendo que las distintas actividades constituyen la respuesta del poder público a estas necesidades.

La noción de servicio público, como instituto clave del derecho administrativo, ha sido analizada, en la mayoría de los casos, a partir de la Administración. Debe

reivindicarse en su estudio lo más importante, lo que le da su razón de ser: su destinatario, la persona que le requiere y lo aprovecha.

Esto justifica, además, que la premisa sea justamente la esencialidad para la subsistencia de las personas que integran la colectividad que requieren de determinadas prestaciones que, por sí solos, estarían en imposibilidad de autosatisfacer.

Esto justifica, además, que la premisa sea justamente la esencialidad para la subsistencia de las personas que integran la colectividad que requieren de determinadas prestaciones que, por sí solos, estarían en imposibilidad de autosatisfacer.

En el análisis de la noción de servicio público tanto en la legalidad como en su desarrollo jurisprudencial se ha echado de menos un concepto orientador que permita a los operadores del derecho determinar la forma en que las distintas actividades que pueden ser ejercidas por la Administración Pública o el sector privado (en forma exclusiva o en concurrencia) y, como desde una concepción clara, sus características y definiciones puedan ser planteadas a la colectividad.

Con el ejemplo del servicio de transporte de UBER y muchos otros que puedan darse en la época de las tecnologías disruptivas nos obliga a cuestionar las concepciones tradicionales del derecho y, en especial, aquellos como el servicio público que respondía a una realidad de Estado que ya ha sido superada.

Desde esta perspectiva, consideramos que lo adecuado es extraer el concepto a partir de los elementos comunes entre las distintas actividades, y no que la elaboración de aquel se realice en forma casuística respecto de una prestación regulada en una

forma determinada. Esto lleva, indefectiblemente, a la creación de diversos conceptos de servicio público que coexisten, en claro detrimento del principio lógico de identidad.

La evolución del concepto debe dejar de lado los conceptos tradicionales de Publicatio, entendida como la declaratoria de la sustracción de la actividad del comercio de los hombres y entregada a la titularidad del Estado (o a un tercero por medio de concesión).

Por tanto, la nueva noción de servicio debe considerar al menos las siguientes premisas:

- a) Esencialidad de la actividad: En este sentido, por actividad esencial ha de entenderse aquella que resulte indispensable para el pleno desarrollo de las personas en la sociedad.

Carácter prestacional: Interesa reiterar que lo propio de un servicio es su carácter de actividad material, por oposición a las formales. Lo característico es que la prestación pretendida por el destinatario implica, en el prestatario, una obligación de hacer. La relación jurídico administrativa que surge entre ambos se compone por el binomio derecho subjetivo-obligación, en donde el primer implica la posibilidad de exigir una actuación material específica.

Posición de garante por parte del Estado: La posición de garante que se defiende como elemento definitorio hace referencia, al deber del Estado de garantizar su efectiva prestación, lo que puede realizar mediante distintas técnicas de intervención, sea la prestación directa, en concurrencia o la mera regulación y fiscalización de los sujetos privados que la desarrollan. Consiste en la responsabilidad u obligación que pesa sobre la Administración de velar porque el ciudadano tenga acceso a la prestación que conforma esa actividad esencial en forma continua, bajo parámetros de igualdad, calidad y eficiencia.

Criterio voluntarista: También denominado como criterio subjetivo, en virtud del cual, es la decisión del poder legislativo lo que determina que una actividad sea servicio público.

Así las cosas, por servicio público se debe entender aquella actividad esencial de interés general, de índole prestacional y respecto de la cual el Estado asume una posición de garante.

A partir de esta definición, el servicio público se puede articular mediante diversas técnicas, las cuales abarcan desde la publicación de la actividad (titularidad estatal de esta), la mera regulación y fiscalización de la iniciativa privada que asumió la solución de estas necesidades hasta esquemas intermedios, donde se potencia la libre competencia pero reservando la posibilidad de exigir un determinado comportamiento por parte de los prestatarios (servicio universal). Resulta competencia del legislador elegir, dentro de su ámbito de discrecionalidad, la técnica que considera más adecuada.

En virtud de lo expuesto, se somete a consideración de las señoras diputadas y señores diputados el presente proyecto de ley: REFORMA A LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚM. 6227 DE 2 DE MAYO DE 1978.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

REFORMA A LA LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, NÚM. 6227
DE 2 DE MAYO DE 1978.

Artículo Único.- Modifíquese el artículo 4 a la Ley General de la Administración Pública, Ley n°6227 del 2 de mayo de 1978, el que textualmente dirá:

“Artículo 4.- La actividad de los entes públicos deberá estar sujeta en su conjunto a los principios fundamentales del servicio público, para asegurar su continuidad, su eficiencia, su adaptación a todo cambio en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen y la igualdad en el trato de los destinatarios, usuarios o beneficiarios.

Se entiende por servicio público toda actividad *de carácter esencial para la satisfacción del interés general, de índole prestacional y respecto de la cual el Estado se encuentra en una posición de garante.*

En la determinación de la actividad, por medio de la la competencia del legislador, la norma que constituya o reconozca un servicio público también deberá contener los elementos definitorios de su forma de ejecución, mediante la cual se desarrollará la prestación del servicio, y dentro de las cuales se encuentra la posibilidad de someter la actividad a titularidad estatal, o bien, que se desarrolle por iniciativa privada sometida a obligaciones de servicio público.”

Bibliografía

- s.f. http://www.lexinter.net/JPTXT2/conclusions_david1.htm.
- s.f. http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html.
- s.f. http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0094_0113_ZO.html.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Economía y Estado*. Madrid: Marcial Pons, 1993.
- . *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Granada: Editorial Comares, 2004.
- Atienza, Manuel. «Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica.» *Revista Española de Derecho Administrativo*, enero/marzo 1995: 5-25.
- Auby, Jean-Marie. *Grands Services Publics et entreprises nationales*. París: Preses Universitaires de France, 1969.
- Bianchi, Alberto. «Una noción restringida del servicio público.» En *Servicio público y policía*, de Juan Carlos Cassagne, 79-132. Buenos Aires: Universitas, 2006.
- Braconnier, Set phane. *Droit des services publics*. Francia: puf, 2007.
- Bullinger, Martin. «El service public francés y la Daseinsvorsorge en Alemania.» *Revista de Administración Pública*, 2005: 29-49.
- Carl n Ruiz, Matilde. *El servicio universal de telecomunicaciones*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.
- Chinchilla Marín, Carmen. *La radiotelevisión como servicio público esencial*. Madrid: Tecnos, 1988.
- Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro verde sobre los servicios de interés general*. Bruselas, 21 de mayo de 2003.
- de Laubadère, André. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1984.
- Descartes, Rene. *El discurso del método*. Bogotá: Panamericana, 1996.
- Desdentado Daroca, Eva. *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*. Aranzadi, 1999.

- Diez, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981.
- Ducos'Ader, Robert, y Jean-Marie Auby. *Grands services publics et entreprises nationales*. París: Presses Universitaires de France, 1969.
- Duguit, Leon. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.
- Durkheim, Emilio. *La división del trabajo social*. Madrid: Biblioteca Científica-Filosófica, 1928.
- Fernández García, María Yolanda. *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red*. Madrid-Buenos Aires: Ciudad Argentina e INAP, 2003.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo (Servicios Públicos)*. México : Porrúa, 1995.
- Fernández, Tomás Ramón. «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy.» *Revista de Administración Pública*, setiembre-diciembre 1999: 57-73.
- Fernández, Tomás Ramón. «Empresa pública y servicio público: el final de una época.» *Revista Española de Derecho Administrativo* 89 (1996): 48.
- Fernández, Tomás Ramón. «León Duguit en España y en español.» *Revista de Administración Pública*, nº 183 (Set-dic 2010): 31-49.
- Forsthoff, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. s.f.
- García de Enterría, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Civitas, s.f.
- García de Enterría, Eduardo. «La actividad industrial y mercantil de los municipios.» *Revista de Administración Pública*, 1955: 87-138.
- García de Enterría, Eduardo. «La lucha contra las inmunidades del poder.» *Revista de Administración Pública*, nº 38 (Mayo/Agosto 1962): 159-205.
- Garrido Falla, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos, 2006.
- Gascón y Marín, José. *Tratado de Derecho Administrativo. Principios y Legislación Española Tomo Primero*. Madrid: C. Bermejo, 1949.
- González Camacho, Óscar. *La Justicia Administrativa*. Vol. I. San José: IJSA, 2001.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

- Hauriou, Maurice. *Obra Escogida*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- Igartúa Salaverría, Juan. «Principio de Legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa.» *Revista española de Derecho Administrativo*, 1996: 567-591.
- Jellinek, George. *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1973.
- Jèze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Vols. II-1. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- Jordana de Pozas, Luis. «El problema de los fines de la actividad administrativa.» *Revista de Administración Pública*, 1951.
- Laguna de Paz, José Carlos. *Servicios de interés económico general*. Navarra: Civitas, 2009.
- Lasagabaster Herrarte, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.
- Laubadere, André. *Traité élémentaire de droit administratif*. París: Libr. Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand Auzias, 1971.
- Malaret I García, Elisenda. «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto.» *Revista de Administración Pública*, 1998: 49-87.
- Martínez, Patricia Raquel. «Los Servicios Públicos.» En *Los Servicios Públicos; Régimen Jurídico Actual*, de Jorge H Sarmiento. Argentina: Depalma, 1994.
- Masís, Jethro. «La fenomenalidad del fenómeno: en torno a 7 de ser y tiempo de Heidegger.» *Logos. Revista de Filosofía* (Universidad La Salle), 2009: 89-117.
- Moderne, Frank. «La idea de servicio público en el derecho europeo: nuevas perspectivas.» En *Servicio Público y Policía*, de Juan Carlos Cassagne, 7-24. Buenos Aires: Universitas, 2006.
- Monereo Pérez, Jose Luis, y José Calvo González . «León Duguit (1859-1928): Jurista de una sociedad en transformación.» *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Ene-jun de 2004.
- Montaña Plata, Alberto. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

- Muñoz Machado, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General Tomo I*. España: Civitas Ediciones, 2004.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. *Tesis de Derecho Administrativo I*. San José: Stradtman, 1998.
- Posada, Adolfo. *La nueva orientación del derecho político*. Madrid: F. Beltrán, 1921.
- Rebollo, Luis Martín. «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica actual.» *Revista de Administración Pública* III, nº 100-102 (1983): 2471-2542.
- Rivero Ysern, Enrique. *La protección del usuario de los servicios públicos*. s.f.
- Rojas Arbelaez, Gabriel. *El espíritu del Derecho Administrativo*. Bogotá: Temis, 1972.
- Royo Villanova, Segismundo. «La administración y la política.» *Revista de Administración Pública*, 1953.
- Sainz Moreno, Fernando. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- Salomoni, Jorge Luis. *Teoría General de los Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- Sánchez González, Santiago. *Sistemas políticos actuales*. Madrid: Centro de Estudios R. Areces, 1994.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Madrid: Iustel, 2005.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2005.
- Sarmiento García, Jorge. *Concesión de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.
- Sarmiento García, Jorge. «Noción y Elementos del Servicio Público.» En *Los Servicios Públicos; Régimen Actual*, de Jorge Sarmiento García. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- Schmidt-Assman, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona: INAP-Marcial Pons, 2003.
- Sendín García, Miguel Ángel. *Hacia un servicio público europeo. El nuevo derecho de los servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003.

Sorace, Domenico. *Estado y Servicios Públicos. La perspectiva europea*. Lima: Palestra, 2006.

Vergara Blanco, Alejandro. «El nuevo servicio público abierto a la competencia: de la publicatio al libre acceso. Coherencia de las viejas técnicas concesional y autorizacional.» En *Servicio público y policía*, de Juan Carlos Cassagne, 41-62. Buenos Aires: Universitas, 2006.

Villar Ezcurra, José Luis. *Derecho Administrativo Especial. Administración Pública y Actividad de los Particulares*. Madrid: Civitas, 1999.

Villar Palasí, Jose Luis. *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1922.

Villar Palasí, José Luis. «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo.» *Revista de Administración Pública*, 1950.

Jurisprudencia

Sala Constitucional

- 590-91 de las quince horas dieciocho minutos del veinte de marzo de mil novecientos noventa y uno.
- 2038-91 de las quince horas treinta y seis minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno.
- 3550-92 de las dieciséis horas del veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos.
- 3552-92 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y dos.
- 2231-96 de las catorce horas treinta y tres minutos del catorce de mayo de mil novecientos noventa y seis.

- 878-98 de las dieciséis horas dieciocho minutos del once de febrero de mil novecientos noventa y ocho
- 5345-98 de las diez horas tres minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho.
- 5445-99 de las catorce horas treinta minutos del catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.
- 2001-2833 de las catorce horas cincuenta y ocho minutos del dieciocho de abril de dos mil uno.
- 2003-7657 de las quince horas catorce minutos del veintinueve de julio de dos mil tres.
- 2004-5207 de las catorce horas con cincuenta y cinco minutos del dieciocho de mayo de dos mil cuatro.
- 2004-12114 de las doce horas con veinte minutos del veintinueve de octubre de dos mil cuatro.
- 2004-4915 de las catorce horas con cuarenta y dos minutos del seis de mayo de dos mil cuatro.
- 2005-10290 de las once horas seis minutos del cinco de agosto del dos mil cinco.
- 2005-5895 de las catorce horas con cuarenta y siete minutos del dieciocho de mayo de dos mil cinco.
- 2007-12261 de las catorce horas siete minutos del veinticuatro de agosto del dos mil siete.

- 2007-1563 de las ocho horas treinta y cinco minutos del nueve de febrero de dos mil siete.
- 2007-7776 de las diecinueve horas cinco minutos del treinta y uno de mayo de dos mil siete.
- 2007-15822 de las diecisiete horas treinta y dos minutos del treinta y uno de octubre de dos mil siete.
- 2008-193 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del once de enero de dos mil ocho.
- 2008-4569 de las catorce horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil ocho.
- 2009-2798 de las dieciséis horas cuarenta y ocho minutos del veinte de febrero de dos mil nueve.
- 2010-7892 de las diez horas once minutos del treinta de abril de dos mil diez.
- 2010-10627 de las ocho horas treinta y un minutos del dieciocho de junio de dos mil diez.
- 2010-16663 de las once horas cinco minutos del ocho de octubre de dos mil diez.
- 2010-11937 de las once horas diecisiete minutos del nueve de julio de dos mil diez.
- 2011-11141 de las doce horas cero minutos del diecinueve de agosto de dos mil once.
- 2011-6580 de las once horas veintisiete minutos del veinte de mayo de dos mil once.

- 2011-8085 de las catorce horas treinta minutos del veintidós de junio de dos mil once.
- 2011-2637 de las diecisiete horas veintisiete minutos del primero de marzo del dos mil once.
- 2012-5351 de las nueve horas cinco minutos del veintisiete de abril de dos mil doce.
- 2012-8011 de las catorce horas treinta minutos del diecinueve de junio de dos mil doce.
- 2013-10591 de las nueve horas treinta minutos del nueve de agosto de dos mil trece.

Sala Primera

577-F-2007 de las diez horas veinte minutos del diez de agosto de dos mil siete.

Procuraduría General de la República

Dictámenes

- C-185-95 del 25 de agosto de 1995.
- C-005-96 del 11 de enero de 1996.
- C-082-96 del 27 de mayo de 1996.
- C-169-1999 del 16 de octubre de 1996.
- C-190-1996 del 27 de noviembre de 1996.
- C-254-2001 del 21 de setiembre de 2001.

- C-128-2002 del 24 de mayo de 2002.
- C-151-2003 del 28 de mayo de 2003.
- C-231-2003 del treinta de julio de dos mil tres.
- C-397-2003 del diecisiete de diciembre de dos mil tres.
- C-019-2004 del veinte de enero de dos mil cuatro.
- C-162-2004 del veintisiete de mayo de dos mil cuatro.
- C-231-2005 del veintitrés de junio de dos mil cinco.
- C-293-2006 del veinte de julio de dos mil seis.
- C-462-2006 del dieciséis de noviembre de dos mil seis.
- C-152-2008 del ocho de mayo de dos mil ocho.
- C-435-2008 del once de diciembre de dos mil ocho.
- C-089-2010 del treinta de abril de dos mil diez.
- C-235-2010 del veintidós de noviembre de dos mil diez.
- C-249-2010 del seis de diciembre de dos mil diez.
- C-273-2010 del veintitrés de diciembre de dos mil diez.
- C-063-2011 del catorce de mayo de dos mil once.
- C-145-2011 del veintiocho de junio de dos mil once.
- C-151-2011 del cinco de julio de dos mil once.
- C-176-2011 del veintisiete de julio de dos mil once.
- C-043-2013 del veinte de marzo del dos mil trece.

Opiniones Jurídicas

- OJ-127-2000 del veinte de noviembre de dos mil.

- OJ-015-2007 del veintiséis de febrero de dos mil siete.